This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

P. L. Gen. A. 14 d. 65.

L. L.
France
300
R 100

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

La *Revue* se compose de quatre parties, placées chacune sous une direction principale : la législation civile sous la direction de M. TROPLONG ; la législation ancienne sous la direction de MM. Charles GIRAUD et ÉDOUARD LABOULAYE, KOENIGSWARTER ; la législation pénale sous la direction de MM. FAUSTIN HÉLIE et ORTOLAN ; la législation administrative, commerciale et industrielle, la législation comparée et le droit dans ses rapports avec l'économie politique sous la direction de M. L. WOLOWSKI, fondateur de la *Revue*. Le compte-rendu mensuel des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, un bulletin bibliographique complet, un bulletin des travaux législatifs, et une *chronique* qui signale les faits les plus intéressants relatifs à la législation et à la jurisprudence, en France et dans les pays étrangers, s'ajoutent à l'ensemble de cette publication.

La *Revue* publie un examen critique de la jurisprudence des tribunaux, et principalement de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Ce travail est confié à MM. PONT, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel, pour la jurisprudence civile ; FAUSTIN HÉLIE, pour la jurisprudence criminelle ; MASSÉ, pour la jurisprudence commerciale ; DUFOUR, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État, pour la jurisprudence administrative.

Un bulletin est destiné à l'analyse des principaux articles publiés dans les recueils périodiques consacrés à la science du droit dans les autres pays. MM. Édouard LABOULAYE, CHAUFFOUR, DARESTE, GINOULHIAC, RATHERY, KOENIGSWARTER et WOLOWSKI donnent spécialement leur concours à ce travail.

La REVUE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE comprend donc :

1° Une REVUE DE DROIT CIVIL, de philosophie et d'histoire de droit ;

2° Une REVUE DE DROIT ROMAIN et des législations anciennes ;

3° Une REVUE DE DROIT ADMINISTRATIF, COMMERCIAL, INDUSTRIEL, et de la législation dans ses rapports avec l'économie politique ;

4° Une REVUE DE DROIT PÉNAL ;

5° Une REVUE des publications de droit faites à l'Étranger ;

6° Le BULLETIN des séances de l'Académie des sciences morales et politiques ;

7° L'Examen critique des travaux législatifs.

La livraison de décembre 1844 a terminé le 21me volume de la *collection décennale* (depuis octobre 1834, jusqu'en décembre 1844). Avec la livraison de janvier 1845 a commencé une nouvelle série *décennale* de cette publication. Elle se compose de douze volumes, jusqu'à la fin de 1848.

Imprimerie de HENNUYER et Ce, rue Lemercier, 24.
Batignolles.

Digitized by Google

REVUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE,

Publiée sous la Direction

De M. **L. WOLOWSKI**, avocat à la Cour d'appel de Paris, professeur de législation industrielle au Conservatoire des Arts et Métiers;

Et de **M. TROPLONG**, conseiller à la Cour de cassation, membre de l'Institut, POUR LA LÉGISLATION CIVILE;

De M. **CHARLES GIRAUD**, membre du Conseil d'instruction publique et de l'Institut,
De M. **ÉDOUARD LABOULAYE**, membre de l'Institut,
De M. **KOENIGSWARTER**, docteur en droit,
} POUR LES LÉGISLATIONS ANCIENNES.

De M. **FAUSTIN HÉLIE**, directeur des affaires criminelles au ministère de la justice,
De M. **ORTOLAN**, professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris, et membre du Conseil d'instruction publique,
} POUR LA LÉGISLATION PÉNALE.

15me Année de la publication.

NOUVELLE COLLECTION.

ANNÉE 1849. — TOME PREMIER.

Janvier-Avril 1849.

Paris,

BUREAU DE RÉDACTION, RUE BERGÈRE, 21;

VIDECOQ FILS AINÉ, ÉDITEUR, PLACE DU PANTHÉON, 1;

DURAND, ÉDITEUR, RUE DES GRÈS, 3.

1849

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

DU SOCIALISME

DANS LE DROIT ROMAIN [1].

La révolution qui donna l'empire aux Césars ne fut pas seulement une révolution politique; on peut dire, sans craindre l'anachronisme, qu'elle fut aussi une révolution sociale. Elle fut en grande partie la conséquence et la consécration d'une transformation radicale qui s'opérait dans les conditions de la société romaine, et qui devait aboutir à une réalisation bien imparfaite sans doute de ce grand principe, inconnu à l'antiquité : l'égalité native des hommes, l'unité du genre humain. Cette transformation, commencée vers l'époque des Gracques, au moment même où la démocratie victorieuse venait de conquérir l'unité dans

[1] On a beaucoup abusé, de notre temps, de ce mot : le *socialisme*; il a servi de pavillon à toute sorte d'idées excentriques et de réformes téméraires. Ramené à sa signification véritable, il exprime l'idée progressive de la grande évolution sociale qui repose sur le dogme de l'*égalité des âmes*, cette sublime inspiration du christianisme. Dans le travail qu'a bien voulu nous communiquer notre honorable collaborateur M. Chauffour, nous aurions préféré lui voir employer un terme moins élastique, plus précis, pour formuler le grand mouvement d'émancipation humaine qui remplit les annales de l'empire romain. (Note des directeurs de la *Revue*.)

Digitized by Google

la cité, l'égalité entre les citoyens, se continua à travers les guerres civiles qui en furent les déplorables symptômes, jusqu'à l'heure où elle rencontra, dans la forme politique, un obstacle insurmontable à tout développement ultérieur. Alors elle brisa cette forme, et l'empire se constitua progressivement [1].

Cette révolution accomplie au milieu de la dissolution des anciennes croyances religieuses, morales et économiques, au milieu de l'effervescence aventureuse de doctrines singulières, exagérées, se donna, elle aussi, pour tâche de réconcilier le passé et l'avenir et d'enfanter le monde nouveau sans déchirement violent de la tradition. Elle échoua dans cette grande entreprise; mais, il faut bien le dire, malgré la juste sévérité de l'histoire pour ses bassesses et ses infamies, c'est une gloire pour elle de l'avoir tentée.

L'histoire de cette solennelle et douloureuse expérience serait digne assurément d'une sérieuse étude. Peut-être quelque jour essayerons-nous de l'écrire. Mais dans ces temps de trouble et d'agitation, où les préoccupations du présent sollicitent si impérieusement la tête et le cœur, il faut savoir s'interdire les longs travaux. Contentons-nous donc d'esquisser à grands traits ce vaste sujet, et de condenser en quelques pages les résultats principaux d'une étude qui ne serait pas épuisée en plus d'un volume.

Nous voulons montrer les progrès de l'idée de l'unité humaine, de l'égalité native des hommes (c'est bien là, si nous ne nous trompons, le fond même du socialisme) dans la cité, dans la famille, dans la constitution économique de la so-

[1] Il est à peine nécessaire de rappeler qu'en effet la révolution politique ne s'accomplit point tout d'un coup. Tout le monde sait que l'empire d'Auguste ne ressemblait pas plus à celui de Constantin, ou même des Antonins, que la suzeraineté féodale de Philippe Auguste à la monarchie de Louis XIV.

Digitized by Google

ciété, c'est-à-dire dans l'organisation de la propriété et du travail [1]. Commençons par la cité.

Quel est le principe de la cité romaine, et, l'on peut le dire, de la cité antique, au regard des peuples conquis par ses armes? C'est celui d'une domination entière, absolue. Quel est le but auquel aspire le monde soumis aux Romains? C'est celui d'une complète assimilation. Le premier pas dans cette voie fut fait le lendemain du jour où, par le triomphe des plébéiens, l'antique dualisme de la cité romaine disparut définitivement [2]. La première conquête du socialisme romain fut obtenue par la guerre des *alliés* : l'Italie enleva de haute lutte le droit de cité. Mais pourquoi l'Italie seule? Pourquoi pas tout à l'heure la Grèce qui enivre Rome de ses arts et de sa philosophie? Pourquoi pas ensuite la Gaule, l'Espagne, l'Egypte, l'Asie? La forme politique ne le permettait pas. La domination exclusive d'une ville, de Rome, ne pouvait disparaître qu'à la condition d'ouvrir les comices aux peuples soumis à ses lois, et comment convoquer dans des comices l'univers entier? Pour l'Italie, c'était à grande

[1] Si nous voulions faire une étude complète du socialisme à Rome, nous devrions élargir beaucoup le cercle que nous nous sommes tracé. Mais nous ne nous proposons que d'indiquer la transformation sociale au moment où elle passe des théories et des mœurs dans les institutions, au moment, en un mot, où elle est saisie par le droit.

[2] A vrai dire, la révolution sociale commença avec la lutte même des patriciens et des plébéiens. Cette lutte séculaire contenait en germe tout le développement du socialisme romain, tout le progrès du droit romain. La cité romaine, à son origine, avait à un haut degré ce caractère d'absorption qui se remarque dans toutes les institutions; puis vient la séparation, l'antagonisme des deux éléments, dont l'un avait été écrasé, étouffé, absorbé par l'autre. Enfin, cet élément opprimé conquiert à son tour l'empire, et, assez compréhensif pour embrasser la cité tout entière, il remplace l'antique dualisme par une unité réelle, résultant de la fusion intime de ses deux éléments constitutifs.

Digitized by Google

peine praticable; mais passez les Alpes ou la mer, et cela devient absolument impossible. Il n'y avait qu'un moyen, héroïque, violent, mais unique, supprimer les comices! Car l'antiquité n'avait pas conçu l'idée du gouvernement représentatif [1].

Je sais bien que l'avénement d'Auguste à l'empire n'eut pas pour conséquence immédiate l'admission des provinces dans la cité romaine, ni conséquemment la suppression des comices; mais est-il nécessaire de dire que l'établissement impérial ne fut pas élevé tout d'une pièce, et qu'il fallut plus d'un siècle pour accomplir la révolution politique? Il est acquis à l'histoire que cette révolution, dans son principe, fut une réaction des provinces contre la tyrannie de Rome[2], et le mouvement, par sa direction, aboutissait logiquement à la concession du droit de cité à tous les habitants de l'Empire.

La révolution sociale fut accomplie en ce point par Caracalla. Une pensée de lucre et d'avarice fut le mobile de ce grand acte, le fait le plus important et l'un des moins remarqués de l'histoire romaine. C'est, dit-on, pour soumettre tous les habitants de l'empire à l'impôt sur les successions que ce méprisable empereur leur donna le droit de cité. Je le veux bien, car il est impossible de faire à un tel homme l'honneur d'une inspiration généreuse! Mais, je le demande, l'avarice la plus effrénée aurait-elle pu suggérer une sem-

[1] La première idée, ou du moins la première application du système représentatif, fut précisément l'Empire. Les empereurs dérivaient leur pouvoir d'une délégation expresse du peuple, qui, théoriquement, restait souverain. Il est vrai qu'ils le représentaient à la façon de l'empereur Napoléon, qui revendiquait aussi, comme on sait, le titre de représentant de la nation.

[2] Ce point a été mis en parfaite lumière par M. Michelet, dans son *Histoire romaine.*

Digitized by Google

blable énormité à un contemporain de Cicéron ou d'Auguste? Pour que la pensée seule en fût conçue, ne fallait-il pas que la majesté du peuple eût fait place à la majesté de César? Ne fallait-il pas surtout que l'idée étroite de la nationalité de race eût disparu devant la grande idée de l'unité humaine[1]? Telle est la marche des révolutions sociales : elles germent soudainement dans les profondeurs de la société, et puis quand l'heure est venue, le moindre incident les fait surgir et éclater au grand jour! Si le vulgaire attribue tant de petites causes à de grands événements, c'est uniquement parce qu'il n'aperçoit pas la chaîne qui relie l'effet à sa cause, le présent au passé!

Ainsi, dans toute l'étendue de l'empire romain, il n'y a plus qu'un peuple. Toutes les anciennes distinctions de races, de nationalités, de langues, ont disparu dans l'unité supérieure de la cité romaine. Tous ceux qui naissent à l'ombre du sceptre de César sont ses sujets au même titre; tous ont le même droit; tous sont soumis ou vont être soumis aux mêmes lois civiles, politiques, administratives. L'univers entier, comme le dit le poëte, n'est plus qu'une cité unique. Les temps sont arrivés : l'humanité a terminé sa longue initiation. Elle est façonnée pour recevoir le dogme de l'unité morale du genre humain. Saint Paul n'était peut-être pas aussi novateur qu'on l'a cru, quand il s'écriait : Plus de Juifs ni de Grecs, plus d'esclaves ni d'hommes libres; vous êtes tous

[1] S'il fallait une preuve qu'indépendamment de sa cause occasionnelle, *de sa petite cause*, ce grand fait historique était le produit d'une véritable révolution sociale, la suite de l'histoire la fournirait irréfutable. Plusieurs empereurs ont adouci les charges dont Caracalla avait écrasé les habitants de l'empire; mais aucun d'eux n'a songé à les dépouiller du droit de cité. Au contraire, ils se sont appliqués à réaliser successivement toutes les conséquences politiques et juridiques qui en découlaient.

Digitized by Google

un en Jésus-Christ! En dehors de la prédication chrétienne, mais non pas du mouvement général de l'humanité à cette époque, les institutions réalisaient une pensée parallèle, et l'on pouvait dire de même : plus d'Espagnols ni d'Egyptiens, plus de Grecs ni de Juifs, plus d'Italiens ni de Gaulois : tous sont confondus, tous sont un en Rome[1] !

En même temps que l'homme[2] conquérait ainsi sa place dans la cité par la seule vertu de sa qualité d'homme, la famille se constituait aussi de manière à restituer dans son droit, l'individualité humaine, la dignité de l'être humain.

L'organisation de la famille romaine reproduit avec une fidélité remarquable les phases diverses de l'organisation de la cité. A tous les progrès qui ont tendu à élargir le cercle des citoyens, correspondent des progrès analogues tendant à affranchir les membres de la famille, à les admettre à une participation de plus en plus complète du droit.

La famille romaine avait emprunté probablement aux traditions orientales le principe de l'absorption de tous

[1] Si nous étudiions la révolution sociale dans ses manifestations diverses et non pas seulement dans le droit, nous pourrions montrer ce sentiment de l'unité humaine se faisant jour partout dans la cité romaine. Ainsi, pour citer cet exemple, le polythéisme romain se revêtit d'un caractère d'universalité, bien éloigné sans doute du dogme de l'unité divine, mais plus éloigné encore de ces dieux locaux, hostiles, des autres peuples de l'antiquité. Les anciens eux-mêmes en ont été frappés : en voici une preuve entre mille. « Toutes les provinces, les villes et les empires, dit Cécilius dans le dialogue de Minucius Félix, ont des religions et des cérémonies qui leur sont propres, et adorent les dieux de leur pays. Les Éleusiniens ont Cérès, les Phrygiens Cybèle, etc., etc.; mais les Romains les adorent tous, et c'est par là que leur puissance s'est accrue, qu'ils sont devenus les maîtres du monde, et qu'ils ont poussé leur empire au delà des bornes du soleil et de l'Océan. » (Minucius Félix, *Octavius*, édit. et traduction du *Panthéon littéraire*, p. 357.) Au surplus, je dirai bientôt comment l'idée de l'unité véritable ne parvint pas à se réaliser dans l'empire romain.

[2] Il faudrait dire l'homme libre; je parlerai bientôt de l'esclave.

Digitized by Google

ses membres dans la personne du père. Dans le droit public comme dans le droit privé, le père seul comptait; lui seul avait une personne. Seul, il avait rang dans les comices ou au sénat; seul, il avait droit de domaine sur les choses et droit de souveraineté sur les membres de la famille. Ses enfants n'étaient, sous sa puissance, que des instruments d'acquisition; la femme qu'il se donnait pour perpétuer sa race (*liberorum quærendorum causa*, dit brutalement l'ancienne formule) était soumise à la même condition presque servile[1]. Les uns et les autres ne naissaient à la vie civile et politique qu'au moment où la mort du père brisait le lien qui jusqu'alors les avait enchaînés plutôt que reliés.

C'est par la vie publique que la liberté pénétra dans la famille. Le fils conquit sa place dans la cité politique longtemps avant d'en avoir une dans le droit privé. Il fut admis à l'exercice des droits politiques des citoyens, à toutes les dignités de l'Etat, plusieurs siècles avant d'être admissible à la fonction de propriétaire. Le père avait encore droit de vie et de mort et droit exclusif de domaine, alors que le fils pouvait être consul et lui commander à ce titre. L'histoire a enregistré, avec de grands éloges, plusieurs circonstances où des pères ont usé de ce droit extrême sur les plus illustres personnages. Cependant là aussi pénétrèrent les idées d'affranchissement dans la période même qui nous occupe. Le droit de vie et de mort fut successivement adouci, amoindri au point de n'être plus que ce droit de correction modérée (*modica castigatio*), que toutes les législations ont respecté,

[1] Et la femme du fils, et celle du petit-fils. L'on a beaucoup vanté cette organisation primitive de la famille; l'on y a vu la réalisation anticipée de l'idée moderne de l'unité conjugale. L'unité y était bien, mais à quel prix? A vrai dire, un seul des deux époux avait la vie juridique; l'autre était mort civilement, juridiquement.

Digitized by Google

et dans cet état, c'est à peine si l'autorité paternelle méritait que Gajus la revendiquât comme un droit propre aux Romains, comme une institution dont ils ne partageaient l'honneur qu'avec les seuls Galates!

Mais qu'est-ce que d'avoir la vie sauve, si l'on ne peut la sustenter par les fruits de son travail? L'homme n'est libre qu'autant qu'il possède ou qu'il peut acquérir les biens sans lesquels il périrait. Dépendre d'un autre pour les choses de première nécessité, c'est être encore en servitude : la propriété, ou du moins la possibilité de l'acquérir par le travail, tel est le signe de la vraie liberté. En même temps que le progrès social affranchissait le fils de ce droit illimité que le père avait sur son corps, il réclamait pour lui la faculté d'acquérir et de conserver, et, chose digne de remarque, c'est encore par le droit public que s'introduisit, en ce sens, la liberté dans la famille.

Lorsque les anciennes traditions juridiques et les règles absolues du formalisme primitif eurent fait place à une méthode plus rationnelle; quand l'idée du droit naturel, du droit commun de l'humanité, du droit inné à l'être humain, fut sortie des profondeurs de la conscience et se fut affirmée, dans le monde des faits, en présence et en opposition du vieux droit national, dès les premiers temps de la période impériale, l'on trouva étrange que le citoyen jugé digne de servir l'Etat dans les camps ou dans les fonctions civiles, fût inhabile à rien posséder en propre. Ainsi prirent naissance les pécules castrans et quasi-castrans : là, le fils avait tous les droits de propriété, ce qui, pour le dire en passant, impliquait pour tous les actes une capacité indépendante, au moins dans la mesure de ces biens[1]. Plus tard, l'on reconnut

[1] Notons la marche de cette grande révolution. L'on reconnut d'abord au

Digitized by Google

aux enfants des droits moins étendus, mais analogues, sur tous les biens qui pouvaient leur survenir d'autre part que du père. Cependant, il faut l'ajouter, l'évolution dans ce sens ne fut pas complète, et l'antique principe de l'absorption de la personnalité des enfants dans celle du père laissa plus d'une trace que l'organisation germano-chrétienne de la famille parvint seule à effacer complétement.

L'émancipation de la femme fut bien plus entière. Sorti probablement des mœurs des plébéiens et peut-être de leur infériorité civile, politique et religieuse, le mariage *libre* se répandit à mesure que la démocratie conquérait la cité, et, dès les premiers temps de l'empire, il était seul debout. Or, qu'était-ce que le mariage libre? Pour tout dire d'un mot, c'était l'indépendance absolue de la femme quant à sa personne et quant à ses biens. Non-seulement sa personne ne s'absorbait pas dans celle du mari, comme dans le mariage rigoureux; non-seulement elle n'était pas pliée sous le joug de cette autorité paternelle dont je viens de rappeler la rigueur; mais elle n'était pas même soumise à l'autorisation maritale que nos lois ont empruntée aux traditions germaniques. Elle avait la pleine administration de ses biens, et, pour rappeler un autre fait où se montre bien la conquête de l'égalité civile par la femme, elle pouvait divorcer pour les mêmes causes que son mari.

Ainsi la révolution dans ce sens fut radicale; j'oserai

fils le droit de faire un testament au sujet des biens acquis à l'armée. Le respect religieux des Romains pour les actes de dernière volonté facilita sans doute l'innovation. Mais le testament n'était pas seulement l'acte le plus solennel de la vie civile; c'était aussi celui où s'exprimait avec le plus d'énergie le droit de propriété. Aussi, par une conséquence toute logique, la jurisprudence en déduisit-elle le droit de disposer entre-vifs et la propriété tout entière. Ce n'est que plus tard qu'on étendit le même privilége aux biens acquis dans les fonctions civiles.

Digitized by Google

même dire qu'elle le fut trop. Dans le mariage rigoureux, l'unité existait au prix de la liberté de la femme; dans le mariage *libre*, la femme était indépendante, mais l'unité avait disparu. En vain les jurisconsultes essayaient-ils de la ressaisir par des subtilités métaphysiques : les définitions les plus belles, les plus élevées se brisaient contre la réalité des faits et contre la logique des institutions. Parti de l'absorption absolue de la femme dans la personne du mari, le mariage romain aboutissait à la séparation presque absolue des époux. Sans doute le droit sacré de l'individualité humaine ne pouvait tolérer cette unité brutale qui caractérisait le mariage rigoureux : l'émancipation était nécessaire, mais elle dépassa ses bornes légitimes, puisqu'elle arriva, en définitive, à la ruine de la famille.

C'est là, du reste, une observation qui s'applique à tout le socialisme romain. Plus habile à détruire qu'à reconstruire, ses institutions mêmes sont des ruines. A la cité antique, il substitua une unité plus apparente que réelle : il créa l'unité politique, sans parvenir à cette fusion intime qui de plusieurs races distinctes fait sortir une grande nationalité. De même dans la famille, il affranchit les individus, sans parvenir à les relier ensuite harmoniquement. Il sut trouver et revendiquer le droit de l'individualité humaine; il eut l'idée profonde, active de la liberté et de l'égalité dans leur plus large application, dans leur rapport éternel avec la nature humaine; mais la fraternité lui manquait, et avec elle le lien qui relie indissolublement[1]. C'est

[1] C'est une chose bien connue que la crainte que l'amour inspirait aux jurisconsultes romains : ils semblent toujours redouter qu'il intervertisse les rapports méthodiques qui naissent de la liberté en contact avec une autre liberté. En voici un exemple frappant. Tout le monde sait que le droit romain interdisait sévèrement les donations entre mari et femme : pourquoi

Digitized by Google

là, pour le dire en passant, ce qui distingue essentiellement le socialisme ancien du socialisme moderne, et le droit romain du droit français actuel. L'un et l'autre ont la même conviction réfléchie de l'égalité native des hommes, la même passion indomptée de la réaliser dans les institutions; mais où l'antiquité n'a trouvé que l'antagonisme, la société moderne cherche la fusion par la fraternité.

Nous avons suivi jusqu'ici la révolution sociale dans la cité et dans la famille; il nous reste à l'étudier maintenant dans la constitution économique de la société, c'est-à-dire dans l'organisation de la propriété et du travail.

La question de la propriété fut vivement débattue dans la période qui nous occupe; mais, hâtons-nous de le dire, elle ne se posa pas dans les termes où nous la trouvons aujourd'hui. L'humanité, profondément philosophique dans son évolution progressive, n'a jamais séparé la propriété de l'homme. Elle n'a jamais consenti à voir dans la propriété autre chose que le complément nécessaire de l'être humain. Aussi, avant de s'attaquer au principe même de l'appropriation individuelle[1], de lui demander si, tel qu'il a régi le

cela? C'est, dit Ulpien, qu'emportés par leur amour mutuel, ils pourraient arriver à se dépouiller l'un l'autre, répandant leurs libéralités avec profusion, au lieu de rester dans les bornes d'une sage modération. (Dig. *De donationibus inter virum et uxorem*, XXIV, 1, L. 1.) Cependant il faut rendre cette justice au socialisme romain, qu'il finit par s'élever à la notion de la fraternité. Sénèque en est une preuve, malgré son stoïcisme. Le droit romain a aussi quelques tentatives de réalisation de ce sentiment. Je citerai seulement la fiction touchante d'où dérive la plainte d'inofficiosité; elle repose de l'aridité ordinaire de ce droit, qui, presque partout ailleurs, n'est occupé qu'à opposer rigoureusement le *tien* au *mien*, et le *toi* au *moi*.

[1] Ici, comme dans tout ce travail, je parle au point de vue purement juridique. En cherchant bien, on trouverait dans les philosophes romains de la décadence, comme dans les Pères de l'Église, plus d'une attaque contre le principe même de la propriété; mais ces attaques n'ont point laissé de traces dans les institutions.

Digitized by Google

monde depuis les temps historiques, il remplit réellement sa mission, s'il donne véritablement à l'homme (c'est-à-dire à tous les homme sans exception) le complément indispensable à son existence, l'humanité s'est préoccupée de reconstituer l'homme dans toutes les positions sociales, de faire honneur à son titre à une condition juridique égale, de généraliser la personne. Nous avons vu comment le mouvement socialiste qui s'opéra vers la fin de la république et sous l'empire poursuivit l'idée de l'unité humaine, de l'égalité native des hommes dans l'assimilation des étrangers aux citoyens et dans l'affranchissement de la famille. La même révolution s'opéra vers la même époque dans l'institution de la propriété, comme pour montrer une fois de plus que l'idée de propriété et celle de personne sont indivisibles, inséparables !

On sait, surtout depuis le beau travail de M. Giraud, combien la propriété romaine eut, dans le principe, un caractère essentiellement politique. Non-seulement elle ne pouvait appartenir qu'aux seuls citoyens, et, parmi les citoyens, à ceux-là seuls qui étaient chefs de famille ; mais encore elle ne pouvait s'asseoir que sur la terre patrimoniale de la cité, si je puis me servir de cette expression. L'idée humanitaire et socialiste qui battait en brèche l'idée antique, l'idée mesquine et étroite de la nationalité de race, s'attaqua aussi à ce point. Peu à peu, par des moyens détournés, suivant les procédés ordinaires de ce génie romain si éminemment conservateur et progressif à la fois, l'on reconnut un droit, sinon identique, au moins analogue à la propriété, soit au citoyen sur le sol étranger, soit à l'étranger lui-même sur la terre romaine ou étrangère. La propriété bonitaire, pour prendre le mot technique, se constitua à côté de la propriété quiritaire. Bien qu'elle ne fût pas protégée par les moyens solen-

Digitized by Google

nels et presque sacrés du droit civil, la propriété bonitaire jouissait à peu près de la même stabilité; elle se prêtait aux mêmes spéculations, aux mêmes démembrements[1], aux mêmes transmissions entre vifs et pour cause de mort. Mais l'idée nouvelle ne se contenta pas de ce demi-triomphe qui se traduisait en un partage de domination. Il ne lui suffit point d'avoir conquis une place au droit humain à côté et comme à l'ombre du droit national romain; elle prétendait substituer complétement celui-là à celui-ci. Sur ce terrain, la lutte dura plusieurs siècles et ne se termina que sous Justinien. Elle mérite d'être signalée.

La question fondamentale, autour de laquelle se concentra ce grand débat, était celle-ci : Quelle doit être la position de la propriété bonitaire vis-à-vis de la propriété quiritaire dans les cas où les deux droits coexistent, mais sur deux têtes différentes? Primitivement (faut-il en faire la remarque), le propriétaire quiritaire, celui qui était investi de la chose par la consécration solennelle du droit national, primait toujours le propriétaire bonitaire, qui ne tenait son droit que d'une sorte de concession faite à une idée nouvelle, encore en voie de croissance. Mais dès les premiers temps de l'empire, le rapport fut interverti[2]. Le

[1] La théorie de la propriété bonitaire exerça une influence décisive sur la théorie des droits réels. Je rappellerai seulement la révolution qu'elle amena dans le droit de gage; je l'ai signalée dans un article publié récemment par la *Revue de législation*.

[2] La révolution opérée dans la constitution de la propriété, au commencement de l'empire, serait bien plus radicale encore, s'il était vrai de dire, comme on l'a insinué dans un écrit récent, qu'Auguste affirma pour la première fois le droit éminent de l'État par l'établissement de son fameux impôt sur les successions; mais il est certain, au contraire, que la propriété romaine reposait tout entière sur l'investiture par l'État, et l'impôt sur les successions n'était tout au plus qu'une reconnaissance nouvelle de ce vieux principe de la cité romaine.

Digitized by Google

propriétaire quiritaire n'eut plus qu'une espèce de droit honorifique, impliquant certaines attributions que le droit national pouvait seul conférer. Mais au propriétaire bonitaire tous les droits utiles, la faculté d'user et d'abuser, de conserver et d'aliéner. Cette division est surtout très-sensible en ce qui concerne le droit sur l'esclave. Le propriétaire bonitaire seul peut acquérir par son entremise ; seul, il peut l'aliéner ou l'affranchir ; mais en cas d'affranchissement, les droits de patronat, essentiellement reliés à l'ordre politique, appartiennent au propriétaire quiritaire. Les deux systèmes coexistèrent ainsi pendant plusieurs siècles. Mais quelque restreinte que fût la propriété quiritaire, elle ne pouvait résister indéfiniment au choc de l'idée. Pourquoi deux sortes de propriétés, deux natures de biens, quand il n'y a plus qu'une classe d'hommes libres? L'idée réclamait une plus entière satisfaction : elle lui fut donnée par Justinien. Ce grand réformateur décréta qu'il n'y aurait plus dans l'empire qu'une nature de biens, qu'une sorte de propriété, comme il n'y avait qu'un Dieu, un empereur, un même peuple de sujets! Il supprima la division de la propriété ; et, chose digne de remarque, comme la Constituante de 1789, il anéantit le domaine éminent, la propriété quiritaire, et attribua le droit entier, sans partage et sans indemnité, au détenteur réel du sol, au propriétaire bonitaire. Ainsi, comme notre immortelle Révolution, il consacra du même coup le triomphe de la transformation sociale et sa légitimité, en décidant que les vieilles traditions juridiques de Rome ne pouvaient fonder un droit contre les droits naturels et imprescriptibles de l'homme !

Voilà donc l'individualité humaine remise en possession des prérogatives qu'elle tient de sa nature. L'idée antique, l'idée exclusive de la nationalité de race est vaincue : la cité

Digitized by Google

a ouvert à tous les peuples les bras que jusqu'alors elle tenait fermés sur les fils de son sang ; la famille n'est plus le père seul, chacun de ses membres y compte à son rang; la terre elle-même s'est affranchie, elle n'est plus coupée en mille et une nationalités diverses, elle est une comme l'humanité elle-même. L'idée de l'unité humaine n'est plus le rêve de quelques utopistes, philosophes ou théosophes : elle est entrée dans la pratique ; elle a pénétré et transformé les institutions fondamentales de la société, elle a réalisé pour la première fois sa plus grande conquête, l'unité du droit!

L'unité humaine! Mais ne reste-t-il pas dans cet empire deux espèces d'hommes, l'une faite pour obéir et l'autre pour commander? N'y a-t-il pas des maîtres et des esclaves par droit de naissance, c'est-à-dire par droit divin? Il ne faudrait pas croire que cette théorie d'Aristote fût restée debout. Quoique l'histoire dédaigne de s'occuper des esclaves, l'on peut établir, pièces en main, que l'esclavage n'échappa point à la critique hardie qui, vers la fin de la république, battait en brèche les fondements de la société civile, politique et religieuse. Dès le commencement de l'empire, un jurisconsulte, quelque peu entaché de socialisme, déclarait tout crûment que l'esclavage est une institution contre nature. Cette idée ne semble pas avoir inspiré autant de répulsion qu'on devrait le croire. L'on dirait même qu'elle fit fortune et que la mode s'en empara. Il fut bientôt de si bon goût d'affranchir ses esclaves, surtout pour la pompe des funérailles, que le pouvoir, conservateur des mœurs du bon vieux temps, dut intervenir et prohiber les affranchissements trop multipliés. Auguste et Tibère ont à cet égard des lois très-admirées des partisans du passé. Mais que peut le pouvoir, fût-il absolu, contre l'irrésistible en-

Digitized by Google

traînement de l'idée? Malgré les entraves qu'on lui opposait, elle n'en faisait pas moins son chemin. Elle finit même par revêtir la pourpre. Un grand homme, Antonin le Pieux, osa ce que nul encore n'avait osé, limiter par la loi le droit des maîtres, reconnaître des droits aux esclaves. Comme tout novateur, il s'enveloppe de précautions oratoires. Il proteste de son respect pour la propriété. La propriété, dit-il, doit demeurer sacrée et inviolée; mais il est de l'intérêt des propriétaires eux-mêmes qu'on les empêche d'abuser de leur chose. En conséquence, il ordonne que les esclaves maltraités par leur maître seront vendus par autorité de justice. Ceci n'était autre chose qu'une expropriation pour cause d'humanité; fait considérable dans une législation qui connaissait à peine l'expropriation pour cause d'utilité publique!

Cette loi est la date précise où commence la suppression de l'esclavage. Elle le frappa au cœur d'un coup dont rien ne put le relever. Désormais, la faveur de la liberté prima tout. La loi n'eut, pour ainsi dire, rien à ajouter. Condamnée par l'idée, dépouillée du prestige de sa légitimité théorique, surveillée par l'Etat au nom du droit supérieur de l'humanité, l'institution ne vivait plus que de cette vie inerte qui est le commencement de la mort. Seulement, la société périt avec elle; et comment en aurait-il été autrement? Comment cette société, construite tout entière sur la base de la sujétion de l'homme à l'homme, aurait-elle pu changer d'assises sans s'écrouler?

Je ne voudrais pas me livrer au pédantesque ridicule du paradoxe historique, en cherchant à réhabiliter une époque si justement flétrie. Et pourtant, il faut le dire ,dans cette longue et désolante décadence d'une société atteinte d'un mal mortel, il y eut plus d'une tentative où se marque un véri-

Digitized by Google

table héroïsme. L'humanité, poussée par l'inspiration religieuse, quitta résolument et sans regarder en arrière, cette civilisation si brillante, mais si peu fraternelle. Pour se débarrasser de la honteuse nécessité du travail servile, elle peupla les Thébaïdes de solitaires égaux devant Dieu et devant les hommes, et accomplissant de leurs propres mains les travaux sordides jusqu'alors réservés aux esclaves. Il y a plus : elle retrouva quelque sève et quelque énergie pour essayer de substituer à l'antique esclavage des formes nouvelles d'organisation du travail. Les plus fervents pratiquèrent la communauté, et essayèrent de nourrir par le travail de frères associés, ce monde qui, faute d'esclaves, allait mourir de faim. D'autres, moins fermes dans leur foi, moins téméraires dans leurs espérances, ou retenus par l'intérêt dans la vieille ornière de la tradition, voulurent au moins donner une demi-liberté à ceux qui travaillaient pour une société d'oisifs[1]. Le colonat, précurseur du servage, remplaça presque complétement l'esclavage dans plusieurs provinces, notamment en ce qui concerne l'exploitation agricole.

Mais, encore une fois, la civilisation ne pouvait survivre à cette transformation sociale. Pour organiser le travail libre, il fallait commencer par simplifier le travail, par le réduire, en quelque sorte, à la proportion des nécessités les plus urgentes de la vie. Il fallait renoncer à ces ouvrages de luxe que les mains serviles savaient seules fabriquer. En attendant l'invention de ces machines qui, selon le vœu d'Aristote, filent et tissent toutes seules, l'humanité dut se résigner à l'existence dure et restreinte des temps barba-

[1] L'on sait que la philosophie politique de l'antiquité voyait dans l'oisiveté le signe distinctif de la liberté. Par la tache que cette idée imprime au travail, elle a été et est encore le plus grand obstacle à l'émancipation.

Digitized by Google

res. Lasse d'expériences restées sans résultat, elle finit par entrevoir cette nécessité. A la voix de ses pontifes, elle accepta, comme un châtiment mérité et comme une expiation, les invasions des barbares, et se coucha, désespérée, dans la tombe du moyen âge. Quand elle ressuscita, l'esclavage avait disparu.

La suppression de l'esclavage est le fait capital de la transformation sociale qui se poursuivit à travers l'empire, jusque bien avant dans le moyen âge. Car c'est le propre des révolutions sociales, qu'elles n'ont ni commencement ni fin. Elles germent dans les profondeurs de la conscience, elles prennent racine dans les couches les plus inaperçues de la société, longtemps avant de frapper les yeux de l'observateur le plus attentif, et quand l'histoire peut les saisir, il ne lui reste plus qu'à constater leur triomphe!

25 décembre 1848.

V. CHAUFFOUR.
Représentant du peuple.

Digitized by Google

RECHERCHES

SUR

LA PLAIDOIRIE CHEZ LES ROMAINS.

On ne s'est pas proposé, sous ce titre, de faire une étude à la manière de Cicéron et de Quintilien. L'art oratoire, au point de vue du barreau, a été traité par ces deux maîtres avec une supériorité que n'ont pu atteindre leurs imitateurs : il y a dix-huit siècles que tout a été dit sur l'origine, sur le caractère, sur les secrets, sur l'immense pouvoir de l'éloquence judiciaire chez les anciens Romains. Le travail qui va suivre a des prétentions moins élevées : son auteur n'a voulu s'attaquer qu'aux choses extérieures et locales, qu'à la partie matérielle et technique du sujet. Curieux de savoir dans quelles conditions d'âge, de lieu, de temps, de convenances, de formes, plaidaient les Caton, les Crassus, les Antoine, les Hortensius, les Cicéron, les Pline, il a patiemment annoté tout ce qui pouvait l'éclairer sur ces points divers, et c'est le résultat de ses investigations qu'il présente aujourd'hui. Classer dans un ordre méthodique les documents puisés goutte par goutte, en quelque façon, dans ce vaste réservoir où l'on s'accorde à placer les sources du droit; donner à des matériaux épars la physionomie d'ensemble que peut comporter l'exiguïté de leurs dimensions, tel a été son but. C'est donc une notice philologique, une sorte de monographie, plutôt qu'une étude historique qu'il a voulu tracer. Cette déclaration faite, il espère que le lecteur vou-

Digitized by Google

dra bien ne pas perdre de vue l'intention qu'elle constate, et prendre en considération que les notes et les renvois sont un accessoire indispensable de ce genre de travail, en même temps qu'ils sont une garantie d'exactitude et de sincérité.

§ I. — A quel âge il était permis de plaider.

A Rome, l'ancien barreau n'avait pas d'institutions proprement dites. Les droits et les devoirs de l'avocat ne furent déterminés, dans l'origine, par aucun règlement, et l'on comprend qu'il en dut être ainsi dans un pays où la constitution avait établi entre les différentes classes de citoyens des rapports d'intérêts politiques et privés basés sur une sorte de féodalité personnelle. Dans nos États modernes, ce qu'on appelle la clientèle est une conséquence du ministère de l'avocat; elle naît à l'occasion de l'exercice de ce ministère et ne le précède jamais. Chez les Romains, la clientèle était, comme on sait, d'une nature toute différente. Elle s'attachait à la position sociale de la personne, et créait un vaste ensemble d'obligations réciproques (*jus patronatus*), parmi lesquelles venait se placer au premier rang l'obligation pour le patron de défendre en justice les intérêts de son client. A ce point de vue, l'office de l'avocat, s'il est permis d'employer ici cette dernière expression, ne fut point une profession, mais un devoir politique et de famille.

Tout porte à penser que si, à cette époque, l'âge fut à considérer pour l'exercice de la plaidoirie, ce dut être en ce sens seulement que l'entrée du Forum ne fut permise qu'à celui qui pouvait s'y présenter à titre de patron.

Plus tard, et vers le septième siècle de l'ère romaine, les liens du patronage s'étant sensiblement relâchés par suite

Digitized by Google

de la confusion des classes, le patron commença à céder sa place à l'avocat, et l'exercice de la plaidoirie prit toutes les allures d'une profession. Nous savons qu'à cette époque on ne put paraître au barreau avant un certain âge, déterminé probablement par l'usage et par le sentiment des convenances, plutôt que par une loi. Le jeune Messala prit un grand intérêt au procès de Roscius d'Amérie, il en surveilla la marche et prépara les moyens de défense, mais il ne put le plaider lui-même, dit Cicéron, *quoniam ad dicendum impedimento est ætas*[1].

Roscius fut défendu par Cicéron ; et Cornélius Népos, auteur d'un Vie de ce grand orateur dont il fut l'ami, prétend que ce fut sa première affaire, et qu'il avait alors vingt-trois ans. Aulu-Gelle, de qui nous tenons cette particularité[2], fait observer que cette indication de Népos est nécessairement erronée, puisque, d'une part, la cause de Roscius ne fut jugée qu'un an après celle de P. Quintius, et que, d'autre part, le débat de ce dernier procès n'eut lieu que sous le consulat de M. Tullius et de Cn. Dolabella, alors que Cicéron était dans sa vingt-sixième année[3]. Plutarque veut, comme Népos, qu'il avait peut-être pris pour guide, que le plaidoyer pour Roscius soit le début de l'orateur[4]. Nous nous rangeons à l'opinion d'Aulu-Gelle, et nous croyons pouvoir signaler la cause de l'erreur qu'il a relevée. Dans le *Pro Roscio Amerino*, Cicéron dit qu'en effet ce fut là sa première cause; mais Népos et Plutarque, qui n'étaient point jurisconsultes, n'ont pas pris garde qu'il détermine lui-même la nature de cette cause, et qu'il l'ap-

[1] *Pro Roscio Amerino*, 51.
[2] *Noct. attic.*, XV, 28.
[3] Cicéron était né le 3 janvier 647. *Epist. ad Attic.*, VII, 5 ; XIII, 42.
[4] *Vie de Cic.*, VI.

Digitized by Google

pelle *publique*, c'est-à-dire criminelle : *quod antea causam* PUBLICAM *nullam dixerim*[1]. Un passage du *Brutus* a pu donner lieu à la même confusion : l'orateur y dit encore que son premier plaidoyer dans une affaire *criminelle*, celui pour Sext. Roscius, fut assez goûté pour qu'il se crût désormais digne de tous les procès qui pourraient lui être proposés[2]. Ces deux passages n'excluent donc pas l'antériorité du discours pour Quintius, dont l'affaire était toute civile. Cette affaire, au surplus, n'était pas la première où notre orateur se fût fait entendre; car dans l'exorde auquel elle donna lieu, il se plaint d'avoir été pris au dépourvu, lui sans expérience, et d'être privé de la ressource qu'il avait l'habitude d'appeler à son aide dans les autres causes, *in cæteris causis*, l'étude et le travail[3].

Un autre document va pleinement confirmer ces données.

Plutarque nous apprend[4] qu'après la défense de Roscius, dans laquelle il avait violemment attaqué un favori de Sylla, Cicéron fit un voyage en Grèce pour se soustraire à la colère du dictateur. Cicéron, en parlant de ce voyage, qu'il explique par le besoin de rétablir sa santé compromise, nous dit qu'il l'entreprit après avoir plaidé pendant deux ans[5]; or, l'affaire de Roscius d'Amérie, ayant été incontestablement jugée sous le consulat de Tullius et de Dolabella, alors que Cicéron était dans sa vingt-sixième année, il s'ensuit qu'il avait de vingt-trois à vingt-quatre ans lorsqu'il fit

[1] *Pro Roscio Amer.*, 21.

[2] *Brutus*, 90 : Itaque prima causa *publica*, pro Sext. Roscio dicta, tantum commendationis habuit, ut non ulla esset quæ non digna nostro patrocinio videretur.

[3] *Pro Quintio*, 1.

[4] *Vie de Cic.*, 7.

[5] *Brutus*, 88 *in fine*, 91, 96. — *Orator*, 42.

Digitized by Google

son entrée au barreau, ce qui confirme l'opinion de Népos, quant au fait principal qu'il voulait constater.

Mais nous serions porté à penser qu'en indiquant qu'il plaidait depuis deux ans lorsqu'il entreprit son voyage, Cicéron n'a voulu parler que du temps pendant lequel il s'était adonné à la plaidoirie d'une manière constante et suivie, sans entendre fixer rigoureusement la date de son apparition au barreau. En effet, il dit ailleurs qu'étant encore *adolescentulus* il parla contre Cotta dans l'intérêt d'une femme d'Arretium à qui l'on contestait la liberté[1]. Cette expression d'*adolescentulus* serait impropre appliquée à un jeune homme de vingt-trois à vingt-quatre ans.

Hortensius avait fait son début à dix-neuf ans, en présence des deux consuls Licinius Crassus et Mucius Scévola, dont il enleva les suffrages[2].

Sous Néron, les jeunes gens étaient poussés au barreau de très-bonne heure, ce qui a fait dire à Pétrone qu'on emmaillottait d'éloquence les enfants encore au berceau[3].

Pline le Jeune nous apprend lui-même qu'il plaida sa première cause à dix-neuf ans[4], comme Hortensius.

Nous savons, par Ulpien, que sous Alexandre Sévère on ne put plaider pour soi ou pour autrui avant l'âge de dix-sept ans accomplis. Ce fut la règle adoptée par Justinien[5].

Il faut probablement conclure de ce qui précède, que le ministère de l'avocat, relativement à l'âge requis pour plai-

[1] *Pro Cecina*, 33 : Atque ego hanc adolescentulus causam, quum agerem contra hominem disertissimum nostræ civitatis, Cottam. — Voy. *in Q. Cecil.*, 1, 2.

[2] Cic., *Brutus*, 64.

[3] *Satiric.* 4 : Cruda adhuc studia in forum impellunt, et eloquentiam, qua nihil esse majus confitentur, pueris induunt adhuc nascentibus.

[4] *Epist.* v, 8.

[5] ff. *De postulando*, fr. 1, § 3.

Digitized by Google

der, fut libre tant qu'il releva des anciennes traditions du patronage[1], et que des règles positives ne lui furent imposées, sous ce rapport, que lorsqu'il eut perdu son lustre d'office purement gratuit, pour prendre le caractère d'une profession salariée.

§ II. — Où les plaidoiries avaient lieu.

C'est une question encore obscure et peu étudiée que celle de savoir où et dans quelles conditions de publicité avaient lieu les débats des procès chez les anciens Romains. On croit avoir tout dit quand on a désigné le *Forum;* mais cette indication ne résout pas plusieurs difficultés dont la solution n'intéresse pas moins l'histoire des institutions judiciaires que la science de l'archéologue. Qu'est-ce que c'était que le *Forum*? Dans quelle partie de son enceinte siégeaient les tribunaux? De quelle nature était le contact des juges et des avocats avec le public? L'instruction des affaires et les plaidoiries avaient-elles lieu en plein air? Si ce mode de rendre la justice a été suivi, à quelle époque a-t-il été modifié et abandonné? Tels sont les points divers qu'il importerait d'éclaircir.

On sait ce que les *fora* étaient à Rome : des places publiques, ordinairement renfermées dans l'intérieur de la cité, et destinées, en général, à une exposition de marchandises; c'étaient des marchés[2]. Ainsi, Varron parle du *Forum boa-*

[1] Quintilien (*Or. instit.* XII, 6) n'assigne à celui qui veut s'exercer aux luttes du barreau d'autre condition, quant à l'âge, que celle de consulter ses propres forces.

[2] Varron fait dériver *forum* de *ferre :* quo conferrent suas controversias, et quæ vendere vellent quo ferrent, *forum* appellarunt. *De ling. latin.*, V, 145. — Le premier terme de cette origine renferme, selon nous, un de ces anachronismes qui échappent souvent aux étymologistes; il nous paraît

Digitized by Google

rium (marché aux bœufs), du *Forum olitorium* (marché aux légumes), du *Forum piscarium* (marché aux poissons)[1]. Dans l'origine, la ville n'avait qu'un *Forum*; on l'appela par la suite, *Forum romanum*, le Forum par excellence, et il donna son nom à la huitième région[2]. C'était une vaste place, entourée de portiques, élevés sur des emplacements concédés par Tarquin à des particuliers pour cette destination[3]. On éleva successivement sur la ligne de cette circonférence les temples de Saturne, de Castor et Pollux, de Vesta, de la Concorde[4]. Le palais du sénat, la curie, s'y trouvaient également[5]. Sur un point de la surface, on remarquait un espace vide, de forme circulaire, entouré d'une palissade : ce lieu consacré se nommait le *lac Curtius* en mémoire de celui qui, suivant une tradition, sacrifia sa vie pour ses concitoyens[6].

C'est sur cette place que fut rendue la justice dès les premiers âges de la cité romaine. Les rois faisaient placer leur tribunal dans le point central, *Foro medio*, et prononçaient leurs jugements en plein air, entourés de la foule des citoyens. Mais il paraît difficile d'admettre que ces formes patriarcales se soient maintenues longtemps dans leur simplicité, et il vient tout naturellement à l'esprit que

évident que *forum*, tribunal, vient de *forum*, marché, et que le lieu où l'on rend la justice n'a été ainsi dénommé à la longue que par une figure de mots très-commune dans toutes les langues. Nous serions disposé à croire, avec Sigonius et ses compilateurs, que *forum* vient de *foras*, *quasi sub dio*. Voy. Festus, *hoc verb.*, et Plaute, *Curcul.*, act. IV, sc. I.

[1] Varron, *De ling. lat.*, V, 146.

[2] Sext. Rufus, *De region. urb. Rom.*, reg. 8.

[3] Tite-Live, I, 35.

[4] Cic., *Pro Milone*, 1 ; Asconius, *hic.*

[5] Cic., *Pro Dejotaro*, 2.

[6] Il existait sur ce point des traditions diverses. Voy. Varron, *De ling. lat.*, V, 148, 149, 150.

Digitized by Google

les orages, fréquents à Rome, durent au moins faire sentir la nécesssité d'un abri. Cependant, il est un fait qu'on ne saurait contester, c'est qu'au temps de Cicéron les débats des causes publiques n'eussent encore lieu à ciel découvert, et en vue de toutes les parties du Forum. Cicéron l'atteste positivement dans son plaidoyer pour Milon [1].

Voici d'autres documents non moins explicites :

Crassus, plaidant contre Brutus, vit passer le convoi de Junia, et tira de cette circonstance fortuite une apostrophe véhémente à l'adresse de son contradicteur : *Tu lucem adspicere audes! tu hos intueri! tu in foro, in urbe, in civium esse conspectu* [2]!

César avait pour adversaire Helvius Mancia, qui le fatiguait de ses clameurs : « Si tu ne cesses pas, s'écria César, je vais dire qui tu es. — Dis », repartit Mancia. Alors César montra du doigt l'enseigne d'une boutique représentant la figure grotesque d'un Gaulois : cette figure était la charge très-ressemblante de l'avocat, et toute l'assemblée de rire à ses dépens [3].

Porcius Latro, le premier qui professa l'éloquence avec distinction à Rome, voulut plaider au Forum; mais peu accoutumé à parler en plein air, il demanda que le tribunal fût transporté dans la basilique voisine, *ita illi cœlum novum fuit, ut omnis ejus eloquentia contineri tecto ac parietibus videretur* [4].

[1] *Pro Milone*; 1 : Reliqua vero multitudo, quæ quidem est civium, tota nostra est; neque eorum quisquam, quos undique intuentes, unde aliqua pars fori adspici potest, et hujus exitum judicii videtis expectantes...

[2] Cic., *De oratore*, II, 55. Voy. un autre exemple d'un convoi passant sur le Forum au moment d'une plaidoirie. *Ibid.*, II, 70.

[3] Quintil., *Or. instit.*, VI, 3; Cic., *De orat.*, II, 66; *Orator*, 38.

[4] Quintil., *Orat. instit.*, X, 5.

Digitized by Google

Le discours pour le roi Déjotarus, qui n'était pas un plaidoyer à proprement parler, fut prononcé dans la maison de César; mais Cicéron, constatant ce fait exceptionnel, exprime le regret *de ne pouvoir contempler le Forum et prendre le ciel lui-même à témoin*[1].

Comment donc concilier ces documents avec un état de choses rendu probable par toutes les vraisemblances? Nous croyons que cela n'est pas impossible.

Une lettre de Cicéron nous révèle un fait important, c'est qu'il existait de son temps au milieu du Forum, IN MEDIO FORO, une basilique remontant à la plus haute antiquité, et dont Paullus opéra la restauration en faisant usage des anciennes colonnes[2]. Le nom de ce monument atteste son origine; il désigne évidemment un édifice construit par les rois. Or, s'il est constant que les basiliques élevées dans les derniers temps de la république, et particulièrement sous l'empire, eurent pour destination principale l'administration de la justice, ainsi que cela est attesté par Vitruve[3], et par tous les auteurs contemporains[4], n'en faut-il pas conclure que le nom de basilique, alors qu'il n'y avait plus de rois à Rome, ne leur fut donné que par une assimilation tirée de l'usage auquel servait le vieux monument dont parle Cicéron? Ce simple rapprochement suffirait pour porter à penser que la justice se rendait en ce lieu; mais un autre passage de Cicéron vient donner à cette opinion une consistance bien plus forte : cet orateur écrit à

[1] Cic., *Pro rege Dejot :* Intuerer forum, cœlum denique testarer ipsum.

[2] *Epist. ad Attic.*, IV, 16 : Paullus in medio Foro basilicam jam pœne texuit iisdem antiquis columnis.

[3] *De architect.*, V. 1, et les notes de Perrault.

[4] Quintilien, Pline, Martial, *passim*.

Digitized by Google

son frère qu'il a plaidé pour Bestia IN FORO MEDIO [1] : or, c'est précisément *in medio Foro*, ainsi que nous l'a appris la même autorité, que l'ancienne basilique était située, et c'est nécessairement dans son enceinte que l'avocat a plaidé, s'il a réellement plaidé au milieu du Forum.

Mais si cet aperçu est vrai, pourquoi le lieu des audiences n'était-il pas désigné à cette époque sous le nom de basilique? Cela se comprend parfaitement si l'on se reporte à la nature du monument, et à la configuration que son âge permet de lui assigner. La vieille basilique était une vaste enceinte quadrilatérale, formée de doubles portiques à deux rangs de colonnes largement espacées, entre lesquelles il était facile de circuler. Ces colonnes étaient surmontées d'architraves supportant des galeries. L'intérieur, accessible de tous côtés par les entre-colonnements, formait une espèce de place découverte, au centre de laquelle la vue pouvait s'étendre et pénétrer de toutes les parties de l'extérieur. Ce plan, qui n'emprunte rien à la fantaisie, était de tous points celui des *fora* grecs [2], et nous sommes convaincu qu'il fut mis à exécution par Tarquin l'Ancien, dont le père était né à Corinthe [3], et qui créa la place du Forum et l'embellit, ainsi que nous l'avons déjà dit, de monuments nombreux. Cette forme grecque de l'édifice et l'origine grecque du prince qui le fit élever, expliquent très-bien pourquoi il fut appelé βασιλικὴ, mot qui signifie tout à la fois palais royal et palais de justice. Mais ce nom, à raison même de son

[1] *Ad Quint.*, II, 3 : Dixi pro Bestia, de ambitu, in Foro medio, maximo conventu.

[2] Vitruve, *De architect.*, V, 1 : Græci in quadrato amplissimis et duplicibus porticibus fora constituunt, crebrisque columnis et lapideis aut marmoreis epistyllis adornant, et supra ambulationes in contignationibus faciunt.

[3] Tite-Live, I, 34.

Digitized by Google

caractère étranger, dut rester impopulaire; la basilique emprunta son nom vulgaire du lieu qu'elle occupait : on l'appela *le Milieu du Forum, Forum medium*, et plus souvent *le Forum*, soit que cette expression, détournée de son acception primitive, fût employée pour désigner spécialement le lieu où l'on rend la justice, soit que l'on fît usage de ce trope familier qui permet de donner le nom du tout à la partie.

Cette explication, qui interprète de la manière la plus satisfaisante les deux textes de Cicéron, donne également la solution de l'une des difficultés que nous nous étions proposées. Les débats judiciaires s'agitaient en plein air, à ciel ouvert, dans la vaste cour intérieure de la basilique; mais si la pluie survenait, le tribunal était transporté sous les portiques, où juges et plaideurs trouvaient un abri.

Il paraît que le siége du tribunal pouvait être déplacé sur la demande motivée de l'accusateur, et transféré dans un lieu voisin : Cicéron se plaint que Lélius, accusateur de Flaccus, ait choisi les *gradins auréliens* pour les débats du procès [1]. Ces gradins étaient sans doute situés dans quelque partie du Forum.

Ce mode d'instruire et de juger les procès se comprend très-bien dans un Etat naissant, fondé sur des institutions démocratiques, restreint dans l'enceinte d'une cité peu populeuse et favorisé d'ailleurs d'un climat doux et serein; mais l'on s'étonne qu'il ait pu se concilier ultérieurement avec des formes judiciaires plus perfectionnées, alors surtout que la population s'était considérablement accrue, et que les progrès du luxe, du commerce et de l'industrie eurent nécessairement établi un mouvement incessant et

[1] Cic., *Pro Flacco*, 28.

Digitized by Google

une circulation bruyante. Cependant, tel était l'attachement des Romains pour les coutumes des ancêtres, pour les formes établies, qu'ils considérèrent toujours la plaidoirie en place publique comme une de leurs plus précieuses garanties. Dans les derniers temps de la République, à une époque où le peuple n'était plus appelé à connaître que des procès de haute trahison (*perduellionis*), les causes publiques se discutèrent encore au Forum, comme les affaires de l'Etat.

Nous avons vu que la basilique de Tarquin fut réédifiée par Paullus sur ses anciennes colonnes ; mais il ne se borna pas à cette restauration. Cicéron nous apprend qu'il y adjoignit un édifice de la plus grande magnificence. Cette construction, que Sextus Rufus appelle *basilique de Paullus*[1] et qui se trouve désignée ailleurs sous le nom de *basilique Emilia*[2], fut augmentée et poussée jusqu'au portique de la Liberté aux frais de Cicéron et d'Oppius, qui consacrèrent à cet objet une somme de soixante millions de sesterces. Les termes dans lesquels ce fait est rapporté nous portent à penser que cette dernière construction est la même que celle que nous connaissons sous le nom de *Forum Cæsaris* ou de *basilique Julia*, et qu'elle reçut ce nom, soit à cause de la participation de César aux dépenses, soit à cause des flatteries dont le futur dictateur était déjà l'objet[3].

[1] *De region. urb. Rom.*, reg. VIII.

[2] Ce Paullus était un Paul-Emile, d'abord préteur en Macédoine, puis consul, qui se vendit à César pour une somme d'argent considérable, employée par lui aux travaux dont il est ici question.

[3] Cic., *Ad Attic.*, IV, 16 : Itaque Cæsaris amici (me dico et Oppium, dirumparis licet) in monumentum illud quod tu tollere laudibus solebas, ut Forum laxaremus, et usque ad atrium libertatis explicaremus, contempsimus sexcenties HS.

*

Digitized by Google

Après la chute de la république, lorsque la souveraineté eut été déplacée de fait, lorsque la plupart des pouvoirs du peuple eurent été remis entre les mains du prince, la publicité des jugements tendit toujours à décroître. On plaida encore sur la place publique, malgré *le bruit de deux cents charrettes se mêlant aux sons discordants des trompettes de trois convois funèbres*[1]; mais ce ne fut plus qu'en considération des formes extérieures d'une constitution détruite, de ces formes qui, en plusieurs choses, se maintinrent si singulièrement pendant les phases du despotisme le plus absolu et jusqu'à l'époque où l'empire romain acheva de s'écrouler sous la massue des barbares.

Auguste jugeait quelquefois dans l'ancien Forum, même la nuit en cas d'urgence; et, lorsqu'il n'était pas bien portant, il restait dans sa litière qu'il faisait placer devant le tribunal. Il rendait aussi la justice dans son palais, au lit[2], ou à Tibur, sous les portiques du temple d'Hercule[3]. Il y avait alors deux Forum destinés aux plaidoiries et aux jugements des procès, le *Forum medium* et celui de Jules César, que nous avons cru pouvoir confondre avec la basilique *Julia*; Auguste en fit construire un troisième, rendu nécessaire par l'accroissement des plaideurs et des procès. Mais alors, et par suite d'une de ces dérivations si communes dans toutes les langues, le Forum n'était plus, judiciairement parlant, la place publique entourée de por-

[1] Horace, *Satir.* I, VI, vers 42 :

At hic, si plaustra ducenta,
Concurrantque Foro tria funera, magnaque sonabit,
Cornua quod vincatque tubas.

[2] Suétone, *August.*, 33.

[3] Suétone, *August.*, 72.

[4] Martial, *Epig.* III, 38; VII, 65. Les trois Forum étaient situés dans la huitième région. Sext. Rufus, *De reg. urb. Rom.*, reg. VIII.

Digitized by Google

tiques où s'étaient agités ces procès de la vieille Rome qui mettaient en émoi les passions populaires; ce mot, reçu désormais dans une acception figurée et technique, signifiait tout lieu quelconque où siégeait un tribunal, et ce tribunal lui-même. Aussi n'est-ce pas une place livrée à la circulation, une enceinte découverte et publique qu'Auguste fit édifier, mais une vaste salle, une espèce de palais de justice placé dans l'enceinte du temple de Mars[1]. Le prince, dans son impatience, ordonna que l'on procéderait aux débats des affaires criminelles dans le nouveau Forum, quoique le temple ne fût pas achevé[2] Nous ne pensons pas qu'aucune cause publique ou privée, à partir de cette époque, ait été plaidée sur l'ancien Forum ou dans le champ de Mars.

Le tribunal des centumvirs tenait ses audiences dans la basilique Julia[3], et nous savons que des tribunes y étaient ouvertes au public, indépendamment de plusieurs gradins circulaires qui entouraient les siéges des juges[4].

Trajan rendait la justice tantôt dans le Forum d'Auguste, tantôt dans la galerie de Livie[5]. Pline nous apprend dans une lettre fort curieuse que ce prince tenait aussi une sorte

[1] Suétone, *August.*, 29; Pline, *Nat. hist.*, XXXVI, 15; Ovide, *Fast.*, V, 545. — Voy. la description que donne Vitruve du tribunal qu'il fut chargé de construire dans le temple d'Auguste pour la colonie julienne de Fano. *De architect.*, V, I.

[2] Plusieurs personnages, accusés par Severus Cassius, avaient été absous. « Je voudrais bien, dit Auguste, que Cassius eût accusé mon Forum. » L'achèvement de cet édifice traînait en longueur par la faute de l'architecte, et Auguste jouait spirituellement sur le double sens du mot *absolutus*, qui signifie tout à la fois *absous* et *terminé*. Macrobe, *Saturn.*, II, 2.

[3] Pline, *Epist.*, V, 21.

[4] Pline, *Epist.*, VI, 33.

[5] Xiphilin, *Hist. Aug.*, Trajan.

Digitized by Google

d'assises dans son palais des *Cent-Chambres*, que l'on croit avoir existé sur l'emplacement actuel de Cività-Vecchia[1].

A la même époque, il y avait aussi un tribunal dans le temple de Saturne[2].

Voici les conclusions que nous croyons pouvoir tirer des recherches qui précèdent.

Sous les rois, les débats judiciaires eurent lieu d'abord sur la place du marché, au milieu du libre concours de la population. Tarquin l'Ancien, instruit des coutumes grecques, et porté à les imiter, fit construire au centre de cette place un portique tétragone destiné à servir d'encadrement au tribunal, et à fournir dans ses entre-colonnements un abri contre le mauvais temps. Cet édifice prit le nom de *basilique*, du titre de son fondateur; de *Forum*, de l'usage auquel il était destiné; de *Forum medium*, du lieu de sa situation. En 700 et années suivantes, la basilique de Paullus, et le Forum de César, ou basilique Julienne, monuments clos et couverts, furent ajoutés à l'ancienne construction qui ne servit plus qu'aux jugements des causes publiques, et à de rares intervalles. Enfin, dans les premiers temps de l'empire, les causes de cette dernière nature, celles du moins qui ne relevaient pas du sénat, furent transportées dans le Forum d'Auguste, et c'est à cette époque que les débats judiciaires disparurent définitivement de la place publique.

§ III. — Temps pendant lesquels la plaidoirie était permise ou interdite.

Il existait chez les Romains, comme chez nous, des jours où il était interdit de rendre la justice et de vaquer aux plaidoiries; on les appelait *néfastes*, parce que, pendant leur

[1] Pline, *Epist.*, VI, 31.
[2] Martial, *Epig.*, V, 16.

Digitized by Google

durée, il n'était pas permis au préteur de prononcer (*fari*) les trois paroles sacramentelles qui résumaient l'autorité judiciaire de ce magistrat : *do, dico, addico*[1] :

Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur[2].

Les jours fastes, par opposition, étaient ceux pendant lesquels la justice avait son libre cours :

Fastus erit, per quem lege licebit agi[3].

Les jours de fêtes publiques (*festi*) étaient néfastes. Les jours marqués par un présage funeste (*religiosi*) l'étaient également; et c'est de là qu'est venue pour le vulgaire, suivant l'observation d'Aulu-Gelle, l'habitude vicieuse de toujours prendre le mot *néfaste* en mauvaise part[4].

Le premier jour de l'année, quoique férié, n'était cependant pas néfaste; Ovide en donne pour raison la crainte que l'année, ainsi commencée sous les auspices de la paresse, ne s'écoulât tout entière dans l'oisiveté[5]. Cette tradition était encore observée sous Alexandre Sévère et Justinien; mais les tribunaux vaquaient le 31 décembre[6].

Certains jours étaient en partie néfastes, en partie fastes; on les nommait *intercisi*, entrecoupés. Toutes les affaires étaient suspendues pendant l'immolation d'une victime; on pouvait les reprendre entre l'immolation et l'offrande; elles étaient de nouveau interrompues lorsque les prêtres brûlaient la victime[7].

[1] *Do* actionem et judices, *dico* jus, *addico* bona vel damna.
[2] Ovide, *Fast.*, I, 47 et suiv.
[3] Ovide, *ibid.* — Varron. *De ling. lat.*, VI, 29, 53.
[4] *Noct. att.*, IV, 9; V, 17.
[5] *Fast.*, I, v. 164.
[6] Ulpien, ff. II, *De feriis et dilat.*, fr. 5.
[7] Ovide, *Fast.*, I, v. 49; Macrobe, *Saturn.*, I, 16.

Digitized by Google

Il s'était élevé entre les jurisconsultes de grands débats sur la question de savoir si les jours de marché (*nundinæ*) étaient fastes ou néfastes. La difficulté fut tranchée par la loi Hortensia, qui les déclara fastes, afin que les habitants des campagnes, qui venaient à Rome tenir les marchés, pussent profiter de cette occasion pour s'occuper de leurs procès [1].

Les jours fastes se divisaient eux-mêmes en diverses catégories affectées à l'introduction de certaines procédures exclusivement à certaines autres. Les jours *comperendini* étaient consacrés aux assignations, *vadimoniis*; les *stati*, aux instances entre les citoyens et les pérégrins; les *prœliales*, aux revendications [2].

L'ordre qui réglait ainsi les fastes fut longtemps tenu caché par les pontifes, et un petit nombre de jurisconsultes étaient en mesure de répondre sur ce point aux plaideurs, si intéressés cependant à ne pas se voir écartés du Forum par une fin de non recevoir. On comprend donc facilement toute la popularité que dut s'acquérir le greffier Cn. Flavius qui révéla le premier ces arcanes de la procédure [3].

Les jours fériés (*festi*) étaient très-nombreux à Rome, et ils fournissaient d'excellents moyens dilatoires au plaideur qui avait intérêt à retarder la solution de son procès, soit qu'il espérât obtenir une modification dans le personnel du tribunal par suite d'une incompatibilité survenue à un ou plusieurs de ses juges, soit qu'il voulût arriver à l'expiration de la magistrature du préteur président. Quelquefois la longueur des jeux publics et la rapidité avec laquelle ils se succédaient amenaient la suspension du cours de la

[1] Macrobe, *Saturn.*, I, 16.
[2] Macrobe, *loc. cit.*
[3] Cic., *Ad Attic.*, VI, 1; Tite-Live, IX, 46.

Digitized by Google

justice pendant des mois entiers. La première plaidoirie de Cicéron contre Verrès fut prononcée le 5 août : grâce aux jours néfastes résultant de la célébration des jeux votifs de Pompée, des jeux de la Victoire, des jeux romains et des jeux plébéiens, l'accusé espéra pouvoir atteindre le 1er janvier, jour de l'entrée en fonctions du nouveau préteur qui lui était dévoué, et Cicéron eut de la peine à déjouer ce calcul[1].

En l'an de Rome 675, la loi Lutatia permit d'instruire et de juger les procès *de vi publica*, sans distinction de jours fastes et néfastes[2].

Auguste rendit à l'administration de la justice plus de trente jours que lui enlevaient les jeux honoraires, c'est-à-dire les jeux donnés par des magistrats et non par l'Etat. D'un autre côté, il institua des vacances de deux mois, pendant novembre et décembre[3].

L'empereur Claude, qui aimait beaucoup à juger, rendait la justice même les jours fériés[4].

Une ordonnance de Marc-Aurèle régla tout ce qui était relatif à cette matière. Ce prince augmenta le nombre des jours fastes et fixa à deux cent trente par année ceux pendant lesquels il fut permis de traiter les affaires en justice et de plaider[5]. Il établit des vacances de moissons et de vendanges, et détermina la nature des affaires qui pourraient être instruites les jours fériés[6].

Un rescrit de Théodose le Grand décida que les vacances

[1] *In Verr.*, I, 10.
[2] Cic., *Pro Celio*, I.
[3] Suétone, *Octav. Aug.*, 32.
[4] Suétone, *Claud.*, 14.
[5] Capitolin, *Anton. philos.*, 10.
[6] Ulpien, ff. II, *De feriis et dilat.*, fr. 1, 2, 3.

Digitized by Google

de moissons s'étendraient du 24 juin au 1er août, et les vacances de vendanges du 23 août au 15 octobre[1]; d'où il faut conclure que les vacances de novembre et décembre, établies par Auguste, avaient été supprimées, sans doute par Marc-Aurèle. D'après le même rescrit, les affaires étaient suspendues pendant les jours de Pâques, de Noël et de l'Epiphanie, ainsi que pendant les sept jours qui précédaient ou suivaient la première de ces fêtes. Là est l'origine de nos vacances de Pâques. Il était permis d'affranchir et d'émanciper le dimanche. Les empereurs Valentinien, Valence et Gratien autorisèrent le jugement des causes publiques ou fiscales pendant les vacances de moissons et de vendanges[2]. Peu de temps après, la poursuite des affaires criminelles fut interdite pendant le carême[3]. Enfin une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, portée en 389, régla, en principe, que tous les jours seraient juridiques, *juridicos*, à l'exception des deux mois de vacances consacrés, *l'un à se reposer des grandes chaleurs de l'été, l'autre à cueillir les fruits de l'automne*. Ce sont les vacances de septembre et d'octobre. Furent également exceptés la veille du 1er janvier, les jours anniversaires de la fondation de Rome et de Constantinople, la quinzaine de Pâques, les jours de Noël et de l'Epiphanie, et le dimanche de chaque semaine[4]. Les vacances de moissons et de vendanges furent abolies.

[1] Cod. Justin., III, *De feriis*, I.

[2] *Ibid.*, 5.

[3] *Ibid.*, 6.

[4] *Ibid.*, 7, 8, 9. Voy. les autres Constitutions rapportées au Code sous le même titre.

Digitized by Google

§ IV. — Préparation des plaidoiries. — Improvisation.

Le barreau étant pour les Romains le théâtre le plus propre à mettre les hommes en évidence, la voie la plus sûre pour parvenir aux honneurs; la curiosité et l'intérêt du public étant incessamment appelés sur les débats judiciaires, où venaient se dérouler solennellement les actes politiques des citoyens les plus illustres, on comprend toute l'importance que l'orateur dut attacher à la plaidoirie, soit au point de vue de l'ambition ou du patriotisme, soit seulement au point de vue de la considération ou de la vanité. Ne soyons donc point étonnés de tous les travaux auxquels se livrèrent les rhéteurs et les grammairiens pour rechercher les éléments de l'éloquence, *ista præclara gubernatrix civitatum* [1], pour en constater les caractères et pour en déterminer les règles. L'art de la parole étant ainsi élevé à la hauteur de l'art par excellence, il ne fut plus permis de mal parler, sous peine d'être réputé impuissant et inutile. Les études de celui qui se destinait au barreau avec la ferme volonté de s'y faire un nom étaient longues et difficiles, car les grands maîtres enseignaient avec raison que tous les arts se prêtent un mutuel secours, et que l'art de l'éloquence saurait moins se passer que tout autre de cette assistance fraternelle. La géométrie, la musique, la peinture elle-même étaient considérées comme un accessoire utile de la rhétorique [2]; aux études générales et classiques particulièrement dirigées vers le but qu'il s'agissait d'atteindre, succédaient les études spéciales destinées à préparer à la plaidoirie. Les jeunes gens n'entraient dans l'arène, aux

[1] Cic., *De oratore*, I, 10.
[2] Quintil., *Orat. instit.*, I, 10; Cic., *De oratore*, I, 59.

Digitized by Google

bons temps de la république, qu'après avoir longtemps médité sur les moyens d'y paraître avec honneur. Organisant des luttes factices, avant d'oser se hasarder aux luttes sérieuses, ils composaient des discours sur des espèces réelles ou imaginaires, et simulaient entre eux les débats du Forum. Des orateurs consommés ne dédaignaient pas de se livrer à ce genre de travail : Brutus composa un plaidoyer pour Milon, uniquement dans le but de s'exercer [1].

De la théorie passons à la pratique, de la basoche au barreau, et voyons comment l'avocat se préparait à la plaidoirie.

Dans les causes privées, il était d'usage que la partie remît à l'avocat, en même temps que le dossier, un mémoire rédigé par un jurisconsulte [2]. Le point de droit était traité dans cette consultation, destinée à servir de guide dans la marche de l'action, et à indiquer les moyens propres à figurer avec avantage dans la discussion; car, chose étrange ! des orateurs très-recherchés des plaideurs, savaient tout, excepté le droit civil. Cicéron, qui ne doit pas être rangé dans cette catégorie, étudiait ses causes à l'avance. Pris au dépourvu dans une affaire, il se plaignit vivement d'avoir été privé d'une ressource qu'il était dans l'habitude de toujours appeler à son aide, le travail [3]. Quintilien raille avec esprit ces avocats paresseux ou vains qui, dédaignant de conférer avec le client, se font gloire de n'ouvrir le dossier qu'à l'audience, débitent effrontément des lieux communs étrangers à l'affaire, ou se traînent servilement sur

[1] Quintil., *Orat. instit.*, III, 7; X, 1. — Cicéron plaida que le meurtre de Clodius avait eu lieu en état de légitime défense; Brutus soutint que Milon avait commis une action digne d'éloges en tuant un mauvais citoyen.

[2] Cic., *De orat.*, I, 58 ; Quintil., *Or. inst.*, XII, 8.

[3] *Pro Quint.*, I.

Digitized by Google

le mémoire du praticien, et se retirent couverts de sueur au milieu du cortége des admirateurs [1].

On attachait un grand prix à l'improvisation, au discours spontané, *non compositum domi* [2]; mais les orateurs qui possédaient la faculté d'improviser étaient en très-petit nombre, et encore ne l'avaient-ils acquise qu'à force de travail et en écrivant beaucoup [3]. Quelques avocats écrivaient leurs plaidoyers et les récitaient de mémoire [4]. D'autres les lisaient en y intercalant des phrases improvisées. Plusieurs se bornaient à consigner des notes sur des tablettes qu'ils tenaient à la main, et auxquelles ils avaient recours au besoin [5].

Cicéron, accablé sous le poids des affaires, écrivait les parties les plus importantes de ses discours, notamment le commencement de chaque division, puis abandonnait le surplus au travail de la méditation [6]; mais il n'en était arrivé là qu'après s'être livré à toutes sortes d'exercices dans le cabinet [7].

Hortensius se préparait par la réflexion, et telle était la puissance de sa mémoire, qu'il reproduisait mot pour mot les phrases arrangées à l'avance dans sa pensée [8].

Certains avocats, fort habiles d'ailleurs, écrivaient des dissertations sur les généralités qui se produisent le plus fréquemment dans les débats judiciaires, et les apprenaient

[1] *Orat. inst.*, XII, 8.
[2] Quintil., *Or. inst.*, IV, 1.
[3] Pline, *Epist.*, VI, 29; Quint., *Or. inst.*, X, 7.
[4] Cic., *In Cecil.*, 14; Pline, *Epist.*, II, 19; VI, 2; Quintil., *Orat. instit.*, IV, 1; VI, 1; X, 3, *in fine*.
[5] Quintil., *Or. inst.*, X, 6, 7.
[6] Quintil., *Or. inst.*, X, 7.
[7] Cic., *Brutus*, 95.
[8] Cic., *Brutus*, 88; Quintil., *Or. inst.*, X, 6.

Digitized by Google

par cœur, afin de pouvoir en faire usage dans l'occasion [1]. D'autres se meublaient la mémoire de synonymes pour ne pas toujours répéter les mêmes mots [2].

Tout cela prouve l'importance qu'on attachait à la plaidoirie, et combien ceux qui s'y livraient craignaient de ne pouvoir y exceller qu'à force de travaux et d'études. Asinius Pollion fut peut-être, de tous les avocats célèbres, celui qui parut le plus heureusement doué de la faculté d'improviser; cependant il disait : « J'ai plaidé souvent parce que je plaidais avec facilité; mais à mesure que j'ai plaidé plus souvent, j'ai plaidé avec moins de facilité », voulant dire par là que la trop grande facilité à s'exprimer nuit au jugement, et donne plus de témérité que de véritable force [3].

§ V. — L'avocat à l'audience. — Formes de la plaidoirie. — Action.

Dès le point du jour, les clients se rendaient chez l'avocat [4]; ils lui faisaient cortége lorsqu'il allait au Forum [5]; les plus empressés portaient ses sacs à procès [6].

Les audiences se tenaient à des heures réglées. Il y avait les audiences du matin et celles de l'après-midi : les premières s'ouvraient de six à neuf heures, selon les saisons [7]; les audiences du soir, au tribunal des centumvirs, étaient consacrées aux affaires les plus importantes [8]. Lors des cau-

[1] Quintil., *Or. inst.*, II, 4.
[2] Quintil., *Or. inst.*, X, 1.
[3] Pline, *Epist.*, VI, 29.
[4] Horace, *Satir.*, I, 1, vers 9.
[5] Cic., *Ad Attic.*, I, 18; Juvén., *Satir.*, VIII, vers 68.
[6] Martial, *Epig.*, X, 88, induct.
[7] Martial, *Epig.*, IV, 8.
[8] Cic., *Ad famil.*, VIII, 9.

Digitized by Google

ses de cette nature, les gradins, disposés circulairement[1], étaient envahis longtemps à l'avance par le public, de sorte que juges et avocats avaient beaucoup de peine à se frayer un passage[2].

Le préteur était assis sur sa chaise curule, placée elle-même sur une estrade élevée; plus bas se trouvaient les siéges des juges, *subsellia*, rangés en demi-cercle. L'orateur prenait place à leur gauche[3].

L'avocat se présentait revêtu de la toge, lorsqu'il était citoyen romain[4], et du laticlave ou de l'angusticlave, suivant qu'il était sénateur ou chevalier[5]. Il prenait place au barreau, assisté de son secrétaire[6], et du jurisconsulte qui avait donné son avis dans l'affaire[7].

Le juge, dans les causes privées ; l'huissier, dans les causes publiques; le préteur dans tous les cas, lorsqu'il siégeait, lui donnait la parole pour plaider[8]. Il parlait debout[9]; cependant il ne lui était pas interdit de parler assis, mais il n'usait de cette faculté que dans les causes de peu d'importance[10]. Il lui arrivait souvent de quitter sa place dans le cours de la discussion, et de faire quelques pas dans l'espace resté libre entre le barreau et le tribunal : Quintilien autorise cette espèce de promenade (*ambulatio*), mais seulement pour donner aux murmures d'approbation le temps

[1] Pline, *Epist.*, VI, 33; Cic., *Brutus*, 51.
[2] Pline, *Epist.*, IV, 16.
[3] Quintil., *Orat. instit.*, XI, 3.
[4] Suétone, *Claude*, 15.
[5] Quintil., *Orat. instit.*, XI, 3.
[6] Cic., *Verrès*, II, 10.
[7] Cic., *Pro Cecin.*, 24 et suiv.
[8] Quintil., *Orat. instit.*, XI, 3.
[9] Pline, *Epist.*, I, 23.
[10] Quintil., *Orat. instit.*, XI, 3.

Digitized by Google

de s'épuiser [1]. Cicéron voulait qu'on en usât rarement [2], et il loue Crassus de ne s'être jamais éloigné de son banc [3]. Quelques orateurs s'avançaient jusqu'aux siéges des juges, et comme il n'était pas décent de leur tourner le dos, ils se retiraient à reculons [4]; d'autres allaient au banc de leur partie adverse, ce qui fit demander plaisamment à Cassius Sévérus que l'on mît une barrière entre son contradicteur et lui [5].

Le geste, chez un peuple méridional, devait avoir une grande part à l'action; aussi voyons-nous qu'il était en grand honneur à Rome, qu'il faisait l'objet d'études toutes particulières, et que la disposition naturelle à en abuser ne permettait pas toujours d'en bien régler l'usage. Il n'était pas rare de voir des orateurs, même distingués, lever le bras verticalement, l'étendre horizontalement dans toute sa longueur, ou le faire mouvoir en tous sens avec une violence inquiétante pour les voisins. D'autres agitaient la main droite de haut en bas et de bas en haut, les doigts étendus et la paume de côté, comme s'il se fût agi de fendre quelque chose; ou la rejetaient en arrière, à la manière de celui qui lance une pierre par-dessus sa tête; ou encore s'en servaient pour s'essuyer le nez, en la faisant glisser à plat du menton jusqu'au front. Se frapper le front et la cuisse était un geste fort usité, et Cicéron reprochait à Calidius de n'avoir pas su s'en servir [6]. Quintilien renferme sur ce sujet des instructions curieuses: Ainsi, dit-il, dans cette période de Cicéron, *Stetit soleatus prætor populi ro-*

[1] Quintil., *Orat. instit.*, XI, 3.
[2] Cic., *Orator.*, 18.
[3] Cic., *Brutus*, 43.
[4] Quintil., *loc. cit.*
[5] Cic., *Brutus*, 43.
[6] Quintil., *Orat. instit.*, XI, 3.

Digitized by Google

mani, on n'imitera pas la posture de Verrès se baissant pour s'étendre sur une courtisane [1].

Curion se dandinait en parlant, oscillant à gauche et à droite comme un pendule, ce qui fit demander à un de ses auditeurs quel était ce particulier qui pérorait dans une barque [2]. Un jour qu'il plaidait à côté d'Octave, qui était couvert d'emplâtres, Sicinius dit à ce dernier : Que de remerciements vous devez à Curion! sans lui les mouches vous auraient mangé [3].

Ce barreau si célèbre n'était pas plus à l'abri que le nôtre de ces petites misères qui viennent se jeter à travers la plaidoirie. Comme chez nous, on voyait des avocats tousser et faire les contorsions d'un homme suffoqué par le rhume, lorsque la mémoire ou la pensée leur faisait défaut; d'autres s'emporter contre eux-mêmes quand leur langue s'embarrassait dans la prononciation d'un mot [4].

Si l'orateur se sentait fatigué, il buvait un verre d'eau, et il y a lieu de supposer que quelque ingrédient venait tempérer l'insipidité du liquide, car Martial plaisante avec beaucoup d'esprit un bavard qui ne pouvait parvenir à étancher sa soif. « Avale donc l'eau de la clepsydre, lui dit-il, et qu'on n'en parle plus [5]. » L'avocat ne se bornait pas à boire, il suspendait le cours de son plaidoyer pour manger. Cet usage est si étrange, qu'on y croirait difficilement si Quintilien, qui le réprouve, n'affirmait qu'il était très-commun autrefois, et qu'il subsistait encore de son temps [6].

[1] Quintil., *Orat. instit.*, XI, 3. Non inclinatio incumbentis in mulierculam Verris effingenda est.
[2] Cic., *Brutus*, 60; *Orator*, 18. Quintil., *loc. cit.*
[3] Cic., *Brutus*, 60.
[4] Quintil., *loc. cit.*
[5] Martial, *Epig.*, VI, 35.
[6] Quintil., *loc. cit.*

Digitized by Google

Quelques membres du barreau se faisaient remarquer par leurs excentricités. Un certain Régulus, dont Pline parle beaucoup, se couvrait l'œil droit d'un emplâtre s'il plaidait pour le demandeur, l'œil gauche s'il plaidait pour le défendeur [1].

Pendant le plaidoyer, l'adversaire plaisantait avec ses voisins, levait les épaules ou hochait de la tête en signe d'improbation, écrivait des billets et envoyait des émissaires à ceux dont il croyait la présence utile [2]. Quelquefois il interrompait, pour demander des explications ou pour répondre à des objections [3]. L'orateur s'interrompait lui-même pour faire lire des pièces [4], ou pour laisser aux juges le temps de les examiner [5]. L'interruption venait parfois du juge lui-même. Pline le jeune plaidait pour des habitants de la Bétique, qui accusaient leur gouverneur de concussion ; comme des juges l'arrêtaient sans cesse pour lui présenter des objections favorables à l'accusé : « Eh, laissez-moi tout dire, s'écria-t-il impatienté, cet homme n'en sera pas moins innocent [6].

Lorsque le public voulait manifester son approbation, il l'exprimait par ces mots : *Bene! præclare! belle! festive! non potest melius* [7] ! Souvent les juges mêlaient leurs félicitations à celles de la foule [8].

Les divisions du discours judiciaire étaient rigoureusement observées, surtout après l'introduction à Rome des

[1] Pline, *Epist.*, VI, 2.
[2] Cic., *Pro S. Rosc.*, 22.
[3] Cic., *De orat.*, II, 65; *Pro S. Rosc.*, 17.
[4] Cic., *Verr.*, III, 10.
[5] Cic., *Verr.*, II, 42.
[6] Pline, *Epist.*, III, 9.
[7] Cic., *De orat.*, III, 26.
[8] Pline, *Epist.*, II, 11 ; III, 9 ; IX, 23. Cic., *Pro Balb.*, 1.

Digitized by Google

méthodes de l'école grecque. La péroraison était la partie du plaidoyer où l'avocat faisait appel à tous ses moyens, et il n'était sorte d'artifices qu'il n'employât en ce moment pour émouvoir ses juges. L'un tenait un enfant entre ses bras et le promenait autour du tribunal; l'autre mettait à découvert les plaies purulentes de son client; celui-ci, voyant l'accusateur brandir une épée ensanglantée, s'enfuyait épouvanté, puis revenant, la figure à demi voilée par sa robe, demandait en tremblant si le meurtrier avait disparu; celui-là exhibait des ossements et des vêtements souillés de sang; quelques-uns appendaient au-dessus de la statue de Jupiter un tableau représentant les circonstances du crime [1]. Un avocat plaidait pour une jeune fille que la partie adverse refusait de reconnaître pour sa sœur : le moment de la péroraison venu, l'orateur porte sa cliente vers le banc du frère dénaturé, et fait le simulacre de la jeter dans ses bras; mais ce dernier avait quitté l'audience, et force fut à l'avocat déconcerté de remporter gravement son malencontreux fardeau. Un autre, plaidant pour une veuve, avait aposté derrière lui des agents chargés d'exhiber sentimentalement le portrait du mari défunt. Les compères, ne sachant ce que c'est qu'une péroraison, élevaient la toile chaque fois que l'avocat tournait les yeux de leur côté, ce qui déjà excitait les rires de l'auditoire; mais ce fut bien autre chose lorsque le portrait, entièrement découvert, laissa voir au public un vieillard cacochyme et d'une laideur repoussante [2].

Glycon avait fait placer un enfant à ses côtés, espérant attendrir les juges par ses larmes. « Pourquoi pleurez-vous,

[1] Quintil., *Orat. instit.*, VI, 1.
[2] Quintil., *loc. cit.*

Digitized by Google

mon ami ? lui dit-il d'un ton pathétique. — Mon précepteur me pince », répondit naïvement l'enfant [1].

L'anecdote, qualifiée de conte par Quintilien [2], que Cicéron rapporte sur l'aîné des frères Cépasius, est des plus plaisantes. Cépasius défendait C. Fabricius, accusé par Cluentius. « Voyez, juges, s'écria l'orateur, voyez l'inconstance « de la fortune, voyez les fluctuations de la destinée humai- « ne, voyez les cheveux blancs de Fabricius... » Alors il voulut voir lui-même; mais, ô douleur! Fabricius confus avait faussé compagnie, et le public de rire aux éclats. L'avocat, ajoute le malicieux conteur, se trouva tellement *estomaqué* (*stomachari*) de voir avorter ainsi son mouvement oratoire, que peu s'en fallut qu'il ne courût après son client, et ne le saisît à la gorge avec injonction de revenir pour lui laisser achever sa péroraison [3].

La plaidoirie terminée, les amis et les clients se pressaient autour de l'avocat et le complimentaient [4]. Le public, lorsqu'il avait été puissamment impressionné, le saluait de ses acclamations; il l'applaudissait même quelquefois, quoique ce mode d'approbation fût considéré comme peu décent, surtout lorsque les débats judiciaires eurent cessé d'avoir lieu sur la place publique [5]. Mais l'abus qu'on fit de ces manifestations leur enleva toute espèce de valeur. Il s'établit, sous Vespasien, une sorte d'entreprise pour le succès des plaidoiries. Son personnel se composait de gens du bas

[1] Quintil., *Orat. instit.*, VI, 1.

[2] Quintil., *Orat. instit.*, VI, 1 et 5.

[3] Cic., *Pro Cluent.*, 20, 21.

[4] Quintil., *Orat. instit.*, XII, 10.

[5] Il en était même ainsi du temps de Cicéron. Quintilien rapporte que ce grand orateur fut applaudi, pendant son plaidoyer pour Cornélius, par des auditeurs *velut mente captos, et quo essent in loco ignaros*, VIII, 3. Voy. Pline, *Epist.*, II, 14, *in fine*; Martial, *Epig.*, III, 46.

Digitized by Google

peuple, dépourvus de toute instruction, auxquels s'adjoignaient quelques esclaves ramassés çà et là pour une séance. Ces individus se réunissaient dans la basilique elle-même. Avant l'ouverture de l'audience, ils entouraient les avocats qui marchandaient sans pudeur leurs ignobles services. Le prix était une modique somme d'argent, ou un repas qu'ils consommaient immédiatement et sur place, d'où leur était venu le nom de *laudicœni*. Les portes ouvertes, ils se précipitaient dans l'auditoire et envahissaient les gradins. Leur chef, μεσόχορος, placé au centre de la phalange, donnait le signal des murmures approbateurs, des exclamations louangeuses, des trépignements, des cris d'admiration. « Si vous passez près de la basilique, écrit Pline le jeune, et que vous vouliez savoir comment plaident nos avocats, ne vous donnez pas la peine de monter dans l'enceinte, et ne vous embarrassez pas d'écouter : vous devinerez facilement du dehors. Celui qui parle le plus mal est, à coup sûr, celui qui excite les plus chaudes acclamations[1]. » Largius Licinius, avocat contemporain de Quintilien, introduisit le premier cet usage ; mais il est juste d'ajouter qu'il recrutait lui-même ses auditeurs. Domitius Afer, plaidant un jour devant les centumvirs, entend des clameurs immodérées dans une salle voisine : il s'arrête ; le silence s'étant rétabli, il reprend sa plaidoirie ; nouvelles clameurs, nouvelle suspension ; le bruit s'apaisant encore, il continue ; interrompu une troisième fois, il demande quel est l'avocat qui plaide de l'autre côté ; on lui répond que c'est Licinius. « Centumvirs, s'écrie-t-il alors, c'en est fait de l'art oratoire ! » Cet art, ajoute

[1] *Epist.*, II, 14. Cet usage immonde avait été importé du théâtre au barreau. Nos théâtres modernes ont aussi leurs *claqueurs*, et le nom de *Romains*, qu'on leur donne quelquefois, est une trace curieuse de leur origine.

Digitized by Google

Pline qui rapporte cette particularité, commençait seulement à s'éteindre ; mais aujourd'hui c'est à peine s'il en reste une faible lueur [1].

Lorsque l'accusateur ou le demandeur avait parlé, il s'asseyait. L'adversaire se levait à son tour et plaidait ; souvent il puisait le sujet de son exorde dans les dernières paroles de son contradicteur [2].

Les mêmes formes étaient observées.

Après les plaidoiries, l'huissier déclarait la cause entendue, *dixerunt* [3]. Ce fut sous l'empire seulement que les avocats adoptèrent l'usage de finir leur discours par ce mot, *dixi* [4].

§ VI. — Durée de la plaidoirie.

Les documents que nous possédons sur ce sujet sont obscurs et souvent contradictoires.

La loi des Douze Tables voulait que les plaidoiries, entre adversaires présents, fussent terminées avant midi, et que la cause, contradictoire ou par défaut, fût jugée avant le coucher du soleil [5]. Cette disposition semble s'appliquer tout à la fois aux affaires criminelles et aux affaires civiles, *comitio aut foro ;* mais on ignore d'après quelles règles et dans quelle proportion le temps devait être réparti entre l'accusateur et l'accusé, entre le demandeur et le défendeur. Toutes les opinions mises en avant sur ce point sont purement conjecturales, car Censorinus, en faisant remarquer

[1] Pline, *Epist.* II, 14.
[2] Cic., *Ad famil.*, XII, 18.
[3] Cic., *In Verr.*, II, 30.
[4] Apulée, *Apolog.*, in fine.
[5] Voy. le travail de M. Ch. Giraud sur la loi des Douze Tables, d'après Dirksen et Zell., *Introd. hist. à l'étude du droit romain*, p. 468.

Digitized by Google

que le mot *hora* ne se trouve pas une seule fois dans la loi des Douze Tables, nous apprend que les anciens Romains ne possédaient aucune expression pour rendre compte de la division du temps entre le lever du soleil, *mane*, et les approches de midi, *ad meridiem* [1].

Au temps de Cicéron, la loi des Douze Tables avait-elle été modifiée par des actes législatifs ou réglementaires, ou par l'usage seulement? C'est un point qu'il est impossible d'éclaircir; mais nous savons qu'alors la durée de la plaidoirie dépendait, en général, de la volonté du juge, surtout dans les procès privés. Cicéron loue le préteur C. Octavius de ce qu'il laissait plaider tout ce qu'on voulait et aussi longtemps qu'on le voulait, sans que cette tolérance allât jusqu'à l'abus [2]. L'abus, qui se produisait néanmoins quelquefois, avait pour conséquence de rendre les plaidoiries interminables. Comme les jours où il n'était pas permis de vaquer aux affaires étaient très-nombreux, le défendeur plaidait pendant toute l'audience, et souvent le procès était presque indéfiniment ajourné. Les plaideurs de mauvaise foi avaient recours à ce moyen dilatoire, qu'une foule d'incidents pouvaient rendre très-efficace. Il y avait même des avocats en second qui n'avaient mission de prendre la parole que pour gagner du temps, et que l'on appelait *moratores* [3]. L'affaire que Cicéron plaida pour Quintius avait déjà été plaidée plusieurs fois par M. Junius, à qui Hortensius, avocat de la partie adverse, reprochait de n'avoir jamais voulu en finir, *nunquam perorari potuisse*. Cicéron, qui le remplaça, repousse avec force l'imputation dirigée contre

[1] Censorin., *De die nat.*, XXIII et XXIV. Ce passage curieux a servi à la restitution de la première Table.

[2] Quintil., *Orat. instit.*, I, 1.

[3] Cic., *In Cecil.*, 15.

Digitized by Google

son client d'user de stratagème pour retarder le jugement [1].

Par cela même que le juge était maître de fixer le temps de la plaidoirie, il lui appartenait de n'en déterminer aucun. Ce droit appartenait au juge personnellement, et non au préteur qui l'avait désigné [2]; cependant ce point n'était pas sans difficultés [3].

A la même époque, dans les causes publiques ou criminelles, l'espace de temps imparti à l'accusation et à la défense était déterminé par un règlement [4], émané peut-être du préteur lors de son entrée en exercice, ou peut-être seulement du *judex quæstionis*. Cependant nous voyons que la défense de Rabirius fut restreinte à une demi-heure par Labiénus l'accusateur, et Cicéron s'en plaint en termes énergiques. *Nunc quoniam, T. Labiene, diligentiæ meæ temporis angustiis obstitisti, neque ex comparato et constituto spatio defensionis, in semihoræ curriculum coegisti, parebitur et, quod iniquissimum est, accusatoris conditioni, et quod miserrimum, inimici potestati* [5].

Quelles étaient l'origine et la mesure de ce droit exorbitant? On pourrait induire d'un passage du discours de Cicéron que l'accusateur fixait lui-même la durée de son accusation, et que le temps de la défense ne pouvait excéder cet espace, ou ne l'excéder que dans une proportion déterminée [6], par exemple, dans la proportion du tiers en sus, comme cela se pratiqua plus tard. Ainsi, il est possible que Labiénus n'eût parlé que pendant vingt minutes. Il arri-

[1] Cic., *Pro Quint.*, 10.
[2] Cic., *Pro Quint.*, 9.
[3] Cic., *Pro Quint.*, 22.
[4] Cic., *Pro Rabir.*, 2.
[5] Cic., *loc. cit.*
[6] Cic., *loc. cit.*

Digitized by Google

vait même quelquefois que l'accusateur affectait de ne point prendre la parole, lorsque la culpabilité était évidente[1]. Labiénus était tribun du peuple : serait-ce à cette qualité qu'aurait été attaché le droit dont nous recherchons ici le caractère? Nous ne pouvons le penser, quoique Cicéron ait écrit : *Dixi ad id tempus quod mihi a tribuno plebis præstitutum est*[2]; il est à croire que Cicéron ne désigne ici son adversaire par son titre, que pour mieux faire ressortir ce qu'il y avait de peu libéral dans son exigence. Constatons que le plaidoyer pour Rabirius ne dut pas durer, en effet, plus d'une demi-heure, même en tenant compte des lacunes qu'on y remarque.

Cicéron parle ailleurs[3] du droit accordé à l'une des parties de fixer la durée des plaidoiries; mais il est impossible de tirer de ce passage une notion positive. D'une part, l'affaire où il se trouve, quoique privée dans son origine, emprunte à divers incidents un caractère mixte qui ne permet pas d'en bien préciser la nature ; d'autre part, les rôles sont tellement intervertis ou entremêlés, qu'on ne sait au juste de quel côté est le demandeur et le défendeur, l'accusateur et l'accusé. Il est à remarquer au surplus que les principaux griefs de l'orateur portent sur cette confusion elle-même[4].

S'il demeure constant que la durée de la plaidoirie dans les causes publiques pût être fixée, à l'époque de laquelle nous nous occupons, soit par le préteur, soit par le juge de

[1] Cic., *In Verr.*, act. sec., I, 9. Il paraît que Cicéron avait annoncé l'intention de ne pas plaider dans le procès de Verrès. Hortensius disait à ce sujet : *Nihil esse tam periculosum fortunis innocentium quam tacere adversarius*, loc. cit.

[2] Cic., *Pro Rabir.*, 12.

[3] *Pro Quint.*, 22.

[4] Cic., *Pro Quintio*, passim.

Digitized by Google

l'instruction, soit par l'accusateur lui-même, il n'est pas moins constant que l'arbitraire s'était introduit dans cette fixation, et que même il devint facile de s'en affranchir. Tacite nous apprend que l'avocat disposait du temps comme il l'entendait [1]; Cicéron plaida pour Cornélius Balbus pendant quatre audiences [2]. L'habitude s'était établie de laisser parler non-seulement l'accusateur, mais encore ses *subscriptores* [3], comme aussi d'entendre successivement tous les défenseurs que l'accusé s'était choisis. Le droit dévolu à l'accusateur et à l'accusé d'adresser des interpellations aux témoins était également exercé sans limites, et cet abus entraînait des longueurs préjudiciables à la bonne administration de la justice. Dans le procès de Sextius, sous le prétexte d'adresser des questions à Vatinius, un des témoins, Cicéron prononça un véritable plaidoyer dans lequel il passa en revue toute la vie de ce témoin, exactement comme s'il se fût porté son accusateur [4].

Ceci se passait en 697. Un pareil état de choses fit sentir la nécessité d'une réforme, et Pompée, en 701, porta une loi d'après laquelle deux heures furent accordées à l'accusateur pour développer l'accusation, et trois heures à l'accusé pour présenter sa défense [5]. La durée de l'action fut égale-

[1] *Dial. orat.*, 38.

[2] Pline, *Epist.*, I, 20.

[3] En 697, sous le consulat de Lentulus et de Philippe, Célius fut accusé par Hérennius, Balbus, Clodius et Atratinus, qui prirent successivement la parole. Célius était défendu par Cicéron et Crassus. (Cic., *Pro Celio.*)

[4] Cic., *In Vatin.*

[5] Tacite, *Dial. orat.*, 38; Cic., *Brutus*, 94; Cic., *De finibus*, IV, 1. Cicéron, *loc. cit.*, parle de trois heures accordées à l'avocat, sans distinguer entre l'accusation et la défense, et Alde Manuce (*in Brutum*) fait observer que la loi Pompéia n'accorde que deux heures seulement. Ces deux versions peuvent très-bien se concilier, en admettant une différence de durée d'un

Digitized by Google

ment réduite de vingt jours à trois jours. Cette nécessité de restreindre les débats dans des limites relativement étroites, éloigna du barreau une foule d'avocats incapables d'affronter les hasards de l'improvisation [1].

La loi *Pompeia* ne dut pas survivre longtemps à la république, dont la chute ne tarda pas à amener le déplacement du pouvoir judiciaire; ses dispositions restrictives furent modifiées, en ce sens que le juge fut investi du pouvoir discrétionnaire de régler la durée de la plaidoirie en prenant en considération l'importance des affaires [2]. Toutefois, dans les causes publiques, le temps départi à l'accusateur et à l'accusé devait être mesuré dans la proportion indiquée par la loi *Pompeia*. Si l'accusateur avait été autorisé à parler pendant six heures, l'accusé avait le droit de parler pendant neuf heures [3].

Avant le commencement de la plaidoirie, on plaçait un une clepsydre devant l'avocat. La clepsydre était un petit vase affectant la forme d'un entonnoir, dont l'extrémité inférieure se terminait par une ouverture ronde extrêmement étroite, d'où s'échappait de l'eau goutte à goutte [4]. Cette eau

tiers en sus en faveur de la défense. Cette inégalité dans la répartition du temps, si légitime d'ailleurs, était consacrée en principe, soit par une loi antérieure, soit par un usage incontesté. Voy. *infrà*, note 5.

[1] Cic., *Brutus*, 69.

[2] Pline, *Epist.*, I, 20 ; Quintil., XI, 3; XII, 10.

[3] Pline (*Epist.*, IV, 9) : *Nam quum e lege accusator sex horas, novem reus accepisset.*—Ce passage ne signifie pas que la loi accordait six heures à l'accusateur et neuf heures à l'accusé ; mais que, six heures ayant été concédées à l'accusateur par le juge, la loi voulait que neuf heures, un tiers en sus, fussent départies à l'accusé.

[4] Apulée, *Metamorph.*, III. Il ne faut pas confondre la clepsydre avec l'horloge d'eau, instrument très-compliqué et fort cher, dont Vitruve donne la description, *De architect.*, IX. Pétrone en parle également, *Satiric.*, 26. La clepsydre passa, dit-on, des Grecs chez les Romains sous le troisième

Digitized by Google

mettait à s'écouler un intervalle de vingt minutes environ [1]. Si le nombre de clepsydres fixé ne suffisait pas, le juge pouvait y ajouter [2]; cela s'appelait accorder de l'eau, *dare aquam* [3]. On disait parler une, trois, neuf clepsydres, comme nous disons parler vingt minutes, une heure, trois heures. Si le juge refusait d'accorder une prolongation, l'orateur devait s'interrompre lorsque la clepsydre était épuisée [4]. Lorsque l'avocat s'arrêtait pour faire des interpellations ou lire des pièces, l'huissier plaçait un doigt sous l'ouverture par laquelle l'eau s'écoulait : cela s'appelait *sustinere aquam* [5]. Quelquefois les plaidoiries étaient très-longues. Pline nous apprend qu'il parla près de cinq heures devant les centumvirs [6], et Martial se moque d'un avocat qui avait le talent de faire entendre dix paroles en neuf heures [7]; souvent elles se prolongeaient bien avant dans la nuit, et l'on parlait aux flambeaux [8]. Cependant, au rapport de Pline lui-même, l'habitude s'était établie de son temps, et après la mort de l'avocat Régulus, qui fatiguait les juges par ses

consulat de Pompée; on croit que la loi *Pompéia* en appliqua l'usage pour la première fois aux plaidoiries. Cicéron en parle une seule fois (*De orat.*, III, 34) comme d'un instrument à l'usage des rhéteurs grecs.

[1] Pline, II, 11. Voici le passage : *Dixi horis pene quinque, nam decem clepsydris, quas spatiosissimas acceperam, sunt additæ quatuor.* En divisant les trois cents minutes *environ*, pendant lesquelles Pline parla, par les quatorze clepsydres qui lui furent accordées, on a vingt minutes par clepsydre pour deux cent quatre-vingt minutes. Le résultat de ce calcul doit être très-voisin de la vérité.

[2] Martial, *Epig.*, VI. 35; VIII, 7; Pline, *loc. cit.*

[3] Pline, *Epist.*, VI, 2.

[4] Pline, *Epist.*, I, 23.

[5] Apulée, *Apolog.*

[6] Pline, *Epist.*, II, 11; Quintil., XII, 6.

[7] Martial, *Epig.*, VIII, 7.

[8] Pline, *Epist.*, IV, 9.

Digitized by Google

interminables discours, de ne plaider pour les deux parties que pendant deux, une et même une demi-clepsydre. *Nam et qui dicunt*, ajoute-t-il, *egisse malunt quam agere*, *et qui audiunt*, *finire quam judicare*[1]. On voit par ces mots qu'il doit blâmer trop de rapidité dans l'expédition des affaires. « Quant à moi, dit-il, toutes les fois que je juge (et je suis plus souvent juge qu'avocat), j'accorde autant d'eau que l'on m'en demande. En effet, je taxe d'imprudence la prétention de vouloir circonscrire à l'avance une cause que l'on n'a point entendue, et de vouloir assigner un terme *à priori* à une affaire dont on ignore la nature. La patience, que l'on pourrait considérer comme faisant partie intégrante de la justice, est sans contredit le premier devoir du juge qui veut éclairer sa religion. Mais l'avocat dit des choses inutiles : soit; il vaut encore mieux les entendre que s'exposer à ne pas entendre les choses nécessaires ; et d'ailleurs, comment saurez-vous qu'elles sont inutiles, si vous ne les avez pas entendues[2]? »

Marc-Aurèle était dans l'habitude de donner *une bonne mesure d'eau* aux avocats, et même de les laisser plaider aussi longtemps qu'ils le désiraient; il écoutait quelquefois la même affaire pendant plus de dix heures[3].

Ulpien voulait que le juge écoutât l'avocat avec patience, mais dans une sage mesure, afin que sa longanimité ne fût pas réputée de la faiblesse[4].

Caton était cité comme un orateur très-concis. Pline, qui pensait qu'*un bon livre est d'autant meilleur qu'il est plus long*, opposait à Caton, Pollion, Célius, César et surtout Ci-

[1] Pline, *Epist.*, VI, 2.
[2] Pline, *loc. cit.*
[3] Xiphilin, *Hist. Aug.* Anton. phil., 10, note.
[4] ff. *De offic. proc.*, fr. 9.

Digitized by Google

céron, quoique ce dernier ait dit de lui-même : *Brevitas mihi amicissima est* [1]. Ceux des plaidoyers de Cicéron que le temps a épargnés ne peuvent pas nous donner une idée exacte du temps qu'il mit à les prononcer ; tous ont été revus et probablement raccourcis. Ainsi, Pline fait observer avec raison que certains chefs d'accusation sont à peine effleurés dans les discours pour Muréna et pour Varénus, d'où il faut induire qu'en écrivant, l'orateur a supprimé beaucoup de choses qui avaient dû trouver place dans la plaidoirie. De même aussi le plaidoyer pour Balbus, tel que nous le possédons aujourd'hui, ne peut être que la reproduction très-abrégée de celui qui fut prononcé et qui occupa le temps de quatre audiences [2].

§ VII. — De la réplique.

La réplique proprement dite ne fut admise à Rome ni comme droit ni comme usage. Nous en trouvons la preuve,

[1] *Pro Quint.*, 10. — Nous ne pouvons résister au plaisir de citer ici ce passage d'une lettre de Pline : « Un jour que je plaidais avec Régulus, il me dit : Vous, vous croyez qu'il ne faut négliger aucun détail dans un procès ; moi, je saute tout de suite à la gorge de mon adversaire et je l'étrangle. — En effet, il presse vivement ce qu'il tient, mais rarement il choisit le bon endroit. Je lui répondis qu'il pouvait bien arriver qu'il prît quelquefois le genou, le tibia ou le talon pour la gorge. Quant à moi, ajoutai-je, qui ne puis atteindre la gorge, je m'y prends de toutes les manières et je tape partout. Je traite ma cause comme le cultivateur, qui ne se borne pas à travailler ses vignes, mais qui étend ses soins à chacun de ses champs, traite son domaine. Il ne sème pas seulement du froment, mais encore de l'orge, des fèves et d'autres légumes ; de même, dans ma plaidoirie, je jette autour de moi toutes sortes de semences pour récolter ce qui en viendra. L'esprit des juges n'est pas moins chanceux, moins incertain, moins décevant, que le sol et les saisons. » I, 20.

[2] Pline, *loc. cit.*

Digitized by Google

du moins pour les matières civiles, dans le procès de P. Quintius. Névius se prétendait créancier de Quintius; en l'absence de ce dernier, Névius le traduisit devant le préteur, prit défaut contre lui, obtint l'envoi en possession de ses biens et en poursuivit la vente publique. Quintius, de retour à Rome, fut de nouveau assigné par son créancier aux fins d'avoir à fournir caution de la somme dont il pourrait être ultérieurement déclaré débiteur, car telle était la charge imposée à celui dont les biens, aux termes de l'édit, étaient restés frappés de saisie pendant trente jours. Quintius s'opposa vivement à cette prétention en excipant de la nullité de la saisie. Le préteur renvoya les parties à plaider sur cette saisie, et Quintius fut constitué *demandeur en nullité*, quoiqu'il se bornât à opposer une exception et qu'il fût évidemment défendeur sur le fond. Cicéron, qui plaidait sa cause, se plaint énergiquement de cette situation faite à son client par l'injustice et l'iniquité du magistrat, *prætoris iniquitate et injuria* [1], qui a mieux aimé faire vider, contre l'usage suivi par tous ses prédécesseurs, la question d'honneur avant la question d'argent, cette dernière constituant d'ailleurs tout le litige.

Or, pourquoi cette vivacité dans les récriminations de l'avocat ? Parce que, défendant la réputation, l'état politique d'un citoyen, il est forcé de parler le premier ; parce que, chargé de la mission de détourner les traits dirigés contre lui, il sera forcé de l'entreprendre avant qu'aucun trait n'ait été lancé; parce que le moment accordé à l'adversaire pour porter ses coups a été fixé de manière que tout pouvoir de les parer soit enlevé à sa victime; parce que s'il plaît à cet adversaire de jeter en avant quelque crime imaginaire,

[1] Cic., *Pro Quint.*, 2.

Digitized by Google

comme une flèche empoisonnée, il sera trop tard pour guérir la blessure qu'elle aura faite [1].

Il résulte évidemment de ce passage qu'une fois le plaidoyer prononcé, le demandeur avait bouche close et que toute réplique lui était interdite. Il en était de même dans les causes publiques : *accusabo, respondebis; testibus editis, ita mittam in consilium* [2].

On a cru voir une réplique dans les *altercations* ou dans les actions qui succédaient quelquefois à une action précédente: en fait, il y a du vrai dans cette assimilation; mais un examen attentif des mots et des choses nous fera voir qu'il ne faut pas en exagérer la portée [3].

§ VIII. — De l'interrogation et de l'altercation.

Contrairement à ce qui se pratique chez nous, les témoins n'étaient produits et entendus qu'après les plaidoiries [4]. Au moment de sa comparution, chaque témoin était interrogé, d'abord par la partie qui l'avait appelé, ensuite par la partie adverse : c'était là *l'interrogatio*, partie importante du débat, à l'étude de laquelle l'avocat Domitius Afer avait consacré deux livres [5]. Dans la plaidoirie, les témoins étaient

[1] Cic., *Pro Quint.*, 2 : « Ita fit ut ego, qui tela depellere et vulneribus mederi debeam, tum id facere cogor, quum etiam telum adversarius nullum jecerit : illis autem id tempus impugnandi detur, quum et vitandi illorum impetus potestas adempta nobis erit; et si qua in re, id quod parati sunt facere, falsum crimen quasi venenatum aliquod telum jecerint, medicinæ faciendæ locus non erit. » Voy. dans le même sens *ibid.*, 8, 9, 22, 31.

[2] Cic., *in Verr.*, act. sec., I, 9.

[3] Les Romains avaient une réplique, *replicatio*; mais ils appelaient ainsi l'exception opposée à une exception, *exceptio contraria*. Paul, ff. *De salv. interd.*, fr. 22, § 1.

[4] Cette proposition ne doit pas être acceptée dans un sens absolu.

[5] Quintil., *Orat. instit.*, V, 7.

Digitized by Google

attaqués ou défendus par des généralités, par des lieux communs tirés particulièrement des différentes natures de preuves, et du plus ou moins de confiance qu'elles méritent ; dans l'interrogation, l'attaque ou la défense devenait plus personnelle et s'attachait à la spécialité de chaque fait, que l'accusateur avait la faculté d'exposer et de résumer avant la déposition [1]; et quoiqu'elle ne dût pas dégénérer en plaidoirie, il arrivait souvent qu'elle en prît les allures et les proportions. Ainsi, nous voyons que l'interrogation de Vatinius, appelé à déposer dans le procès de Sextius, fut pour Cicéron le prétexte d'une véritable accusation contre le témoin, en même temps qu'une défense de l'avocat et des actes de sa vie politique [2].

Après la déposition des témoins, s'ouvrait un nouveau débat auquel on donnait le nom d'*altercatio*. L'altercation était une succession de plaidoiries courtes et interrompues, procédant par forme de dialogue et consacrées à la discussion des preuves. Cette partie de la cause était regardée comme la plus délicate, en ce qu'elle exigeait beaucoup de finesse, de circonspection et de présence d'esprit [3]. Le gain du procès dépendait souvent de la manière dont elle était traitée, et le juge y apportait une grande attention. Certains avocats, peu familiarisés avec le droit civil, mais qui plaidaient néanmoins les causes privées avec distinction, venaient échouer à l'altercation ; aussi quelques-uns d'entre eux se faisaient assister par des jurisconsultes chargés de leur souffler des réponses [4]. D'autres, voulant éviter l'espèce de honte qui résultait de cette assistance, affectaient de con-

[1] Cic., *In Verr.*, I, 11.
[2] Cic., *In Vatin.*
[3] Quintil., *Inst. or.*, II, 4 ; VI, 4.
[4] Quintil., *ibid.*, XII, 3.

Digitized by Google

sidérer l'altercation comme un accessoire peu digne de leur renommée, et en abandonnaient le soin à des confrères d'un rang subalterne, ou même à des praticiens de bas étage, *pullatæ turbæ* : d'où était né l'usage pour les plaideurs d'avoir deux avocats, l'un pour la plaidoirie continue, *oratione continua* ou *perpetua;* l'autre pour les preuves, *probationibus.* Cela se pratiquait surtout dans les causes privées, où les questions de droit se présentaient plus souvent que dans les causes publiques [1].

L'altercation dégénérait souvent en dispute violente, car elle prêtait aux apostrophes directes, aux démentis et aux personnalités de toute espèce : dans ces moments de lutte acharnée, où l'on voyait les adversaires frapper de la pointe, *mucrone pugnari*, le juge pouvait interposer son autorité, soit d'office, soit sur la réquisition des parties [2].

L'interrogation et l'altercation ne venant qu'en dernier lieu, on comprend combien une réplique, prononcée immédiatement après la plaidoirie proprement dite, eût été inutile. Les arguments que l'avocat avait omis de faire valoir dans sa première discussion, quelquefois à dessein et pour tendre un piége [3], les objections qu'il pouvait opposer à son adversaire, trouvaient tout naturellement leur place dans ces colloques sans cesse renouvelés, et dont la durée dépendait uniquement de l'appréciation du magistrat ou du juge qui le remplaçait. L'altercation, par la contradiction qu'elle suscitait, se prêtait merveilleusement à cette argumentation de détail que le discours d'apparat ne peut guère comporter; la plaidoirie était pour le public, dans l'intérêt de l'avocat; l'altercation était pour la cause, dans l'intérêt

[1] Quintil., *Instit. orat.*, VI, 4.
[2] Quintil., *loc. cit.*
[3] Cic., *Pro Rosc. Amer.*, 29; Quintil., *loc. cit.*

Digitized by Google

du client; et telle était son importance, que Quintilien l'appelle un combat décisif, *pugnam decretoriam* [1]. On peut donc dire avec raison que si l'interrogation et l'altercation ne constituaient pas une réplique proprement dite, elles pouvaient en tenir lieu. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'interrogation n'était possible que dans les causes où une enquête devait être faite, et que tout porte à penser que l'altercation dépendait de la même condition.

Néron, probablement en vue d'affaiblir la puissance des avocats, supprima la plaidoirie continue, et ordonna que toutes les causes se discuteraient en manière d'altercation, c'est-à-dire au fur et à mesure de chaque question et sur chacune de ces questions en particulier [2]. Cette innovation ne fut pas maintenue par ses successeurs.

§ IX. — De l'ampliation et de la compérendination.

A une époque qu'il serait difficile de préciser, l'usage s'était introduit, dans les tribunaux préposés au jugement des contestations privées, de ne pas toujours prononcer sur la première plaidoirie [3]. Lorsque le procès présentait des obscurités et laissait matière au doute, les juges déclaraient qu'ils n'étaient pas suffisamment éclairés, et l'affaire était renvoyée à un plus ample informé : ce renvoi se nommait *ampliatio*. Cette mesure de prudence était particulièrement usitée dans les cas graves, ceux où l'honneur des parties pouvait se trouver compromis ; par exemple, les contestations nées d'un dol allégué en matière de tutelle, de socié-

[1] Quintil., *Instit. orat.*, VI, 4.

[2] Suétone, *In Ner.*, 15.

[3] Cic., *Pro Cecin.*, 2 : « Quod quoniam jam in consuetudinem venit, et id viri boni, vestri similes, in judicando faciunt. »

Digitized by Google

té, de mandat, de fidéicommis[1], d'interdit restitutoire[2]. Les *recuperatores* pouvaient y avoir recours[3].

L'ampliation pouvait avoir lieu également dans les causes publiques ou criminelles, et Cicéron, tout en rendant justice à la sagesse de cette coutume (*consuetudine*), blâme néanmoins l'application abusive qui en était faite dans des affaires qui, à raison de leur gravité et des intérêts qu'elles compromettaient, semblaient exiger une prompte solution[4].

La faculté *ampliandi* était-elle absolue ? S'appliquait-elle à toutes les matières et à toutes les juridictions ? On l'ignore. Ce que l'on sait de plus positif à cet égard, c'est qu'elle fut expressément autorisée, en 652, par la loi Acilia, *de pecuniis repetundis*. Aux termes de cette loi, les accusés de concussion pouvaient être, comme par le passé, acquittés ou condamnés sur une plaidoirie unique ; mais les juges, s'ils ne se réputaient pas suffisamment éclairés, pouvaient provoquer un plus ample informé[5].

Voici comment on arrivait à ce résultat. Après les plaidoyers respectifs, après l'interrogation des témoins, après l'altercation sur les preuves orales et littérales, toutes choses qui constituaient l'*actio* dans son sens le plus large, une tablette était remise à chacun des juges, sur laquelle il inscrivait ou un A (*absolvo*), ou un C (*condemno*)[6], ou les deux lettres NL (*non liquet*). Si le juge avait écrit *non liquet*, *la*

[1] Cic., *Pro Cecin.*, 3 : « Qui per tutelam, aut societatem, aut rem mandatam, aut fiduciæ rationem, fraudavit quempiam. »

[2] Cic., *Pro Cecin.*, 8 ; Gaius, IV, 162, 163.

[3] Le procès de Cécina fut jugé par des récupérateurs.

[4] Cic., *Pro Cecin.*, 2 : « Nam ut quæque res est turpissima, sic maxime et maturissime judicanda est : at ea, in qua existimationis periculum est, tardissime judicatur. »

[5] Cic., *In Verr.*, act. sec., I, 9 : « Ampliandi faciebat potestatem. »

[6] Sous l'empire, lorsque la condamnation devait être suivie de la peine

Digitized by Google

chose ne me paraît pas claire, l'ampliation avait lieu de plein droit [1], et le préteur ou le juge de l'instruction était tenu de la prononcer.

Pour que l'ampliation fût ordonnée, suffisait-il qu'elle fût demandée par un seul juge, ou fallait-il que par suite des *non liquet* la majorité absolue ne fût acquise ni pour l'acquittement, ni pour la condamnation? Il est peu probable qu'un seul *non liquet* eût le pouvoir d'entraîner l'ampliation; car, eu égard à l'état de corruption où était descendu l'ordre judiciaire dans les derniers temps de la république, aucune condamnation n'eût été possible. Mais on sait, à n'en pas douter, que l'ajournement avait lieu lorsque les voix étant égales pour l'acquittement et la condamnation, d'autres voix se déclaraient pour le plus ample informé. Dans le procès dirigé contre Oppianicus, la condamnation tint à une voix, et Cicéron reprocha à Fidiculanius Falcula, l'un des juges, qui, prétendait-il, n'avait pas assisté à tous les débats, d'avoir mieux aimé condamner qu'absoudre, lorsqu'il dépendait de lui de déterminer l'ampliation en déclarant *sibi non liquere* [2].

Lorsque l'ampliation était prononcée, la cause, après un délai de quelques jours [3], d'un seul jour quelquefois [4], était reportée devant les mêmes juges [5]. Les témoins pouvaient

de mort, le C était remplacé par un TH grec (Θ), première lettre de Θάνατος, *mort*. Perse, *Sat.*, IV, 13; Martial, *Epig.*, VII, 37.

[1] Cic., *Pro Cecin.*, 10, 33.

[2] Cic., *ib.*, 10 : « Et in eo consilio, quum causam non audisset, et potestas esset ampliandi, dixisse, sibi liquere; dum incognita re judicare voluisset, maluisse condemnare quam absolvere; quum, si uno minus damnarent, condemnari reus non posset, non ad cognoscendam causam, sed ad explendam damnationem præsto fuisse. »

[3] Cic., *Brutus*, 22 : « Paucis diebus interpositis, iterum Lælium multo diligentius meliusque dixisse. »

[4] Cic., *ibid.* : « Unum, quasi comperendinatus, medium diem fuisse, quem totum Galbam in consideranda causa componendaque posuisse. »

[5] Cic., *Pro Cecin.*, 2 et 4; Quintil., *Orat. inst.*, IV, 1, initio.

Digitized by Google

sans doute être entendus de nouveau, mais ordinairement les dépositions entendues dans la première action étaient rappelées de mémoire ou à l'aide des notes tenues par le *notarius* [1]. Il n'était pas indispensable que la cause fût replaidée par le même avocat [2].

L'ampliation donnait donc lieu à une *secunda actio*, et comme il n'était pas prescrit aux juges de statuer définitivement après la deuxième plaidoirie, on ne tarda pas à voir des *tertia actio*, des *quarta actio :* s'il faut en croire Valère Maxime, il y en eut sept dans le procès intenté par Scipion Emilien contre Cotta [3]. Un tel état de choses était évidemment abusif; ces ajournements répétés, en éternisant les procès, facilitaient la corruption, émoussaient outre mesure la vivacité des impressions, lassaient les accusateurs et amenaient presque toujours l'impunité. C. Servilius Glaucia y mit ordre vers 654. La loi Servilia, *de pecuniis repetundis*, abolit l'ampliation en matière de concussions, et la remplaça par la compérendination.

La *comperendinatio* était le renvoi au surlendemain [4], d'une cause déjà plaidée, pour être plaidée une seconde fois, *bis ut causa dicatur* [5].

Elle différait de l'ampliation en deux points essentiels. Celle-ci était facultative et dépendait de l'appréciation du juge; celle-là était instituée par la loi et obligatoire; l'une

[1] Cic., *Pro Cecin.*, 9 et 10; Martial, *Epig.*, XIV, 208; Cic., *Pro Sylla*, 14.

[2] Cic., *Brutus*, 22.

[3] VIII, I, 11 : « Septies ampliata, et ad ultimum octavo judicio absoluta est. »

[4] « Sacerdotes quoque populi romani, cum condicunt in diem tertium, *diem perendini* dicunt. » Aulu-Gelle, X, 24.—Fallait-il appeler le jour de la compérendination le *troisième jour* ou le surlendemain? Voy. Cic., *Pro Murena*, 12; Festus, *hoc verb.*

[5] Cic., *In Verr.*, act. sec., I, 9.

Digitized by Google

pouvait être indéfiniment réitérée, l'autre ne devait avoir lieu qu'une fois.

Il est un troisième point de dissemblance sur lequel les érudits ne sont pas d'accord. Dans la *secunda actio* de l'ampliation, qui n'était que la réitération de l'action précédente, l'accusateur parlait le premier et l'accusé le dernier : le pseudo-Asconius, intervertissant les rôles, prétend que dans la *secunda actio* de la compérendination, la parole était donnée en premier lieu à l'accusé et en second lieu à l'accusateur. Cette opinion, embrassée sans examen par plusieurs auteurs, notamment par Sigonius [1], Rosinus [2] et Heineccius [3], est combattue par Ferratius [4] et par M. Laboulaye, qui s'étonne qu'une pareille erreur ait pu se maintenir si longtemps [5]. En effet, le texte équivoque de Cicéron sur lequel repose cette fausse interprétation [6], est contredit par une foule de passages du même auteur, desquels il résulte qu'il n'était pas dérogé dans la seconde action au principe de justice qui veut que l'accusé ait la parole le dernier [7].

Sauf les deux différences que nous venons de signaler, il existait une très-grande analogie entre l'ampliation et la compérendination, qui ne fut, en réalité, qu'une transaction

[1] *De judic.*, II, 20.

[2] *Antiq. rom.*, IX, 23, 24.

[3] *Antiq. rom.*, IV, III, 30.

[4] *Epist.*, I, 9.

[5] *Lois crim. des Rom.*, p. 380.

[6] Cic., *In Verr.*, I, 9 : « Nam si bis dicere est commodum, certe utriusque commune est. Si eum, qui posterius dixit, opus est redargui, accusatoris causa, ut bis ageretur, constitutum est. » — En disant que *si c'est un avantage de réfuter celui qui a parlé le dernier, la compérendination a été établie dans l'intérêt de l'accusateur*, Cicéron a bien pu ne vouloir faire allusion qu'à la défense de la première action.

[7] Cic., *In Verr.*, I, 28; II, 72, 78; III, 20, 72, 76, 88, 90, 91, 97; IV, 20; V, 1, 2, 5, 9, 13.—*Pro Fonteio*, 16.

Digitized by Google

entre deux facultés discrétionnaires du juge, celle de juger sur la première plaidoirie, et celle de ne juger qu'après un nombre illimité de plaidoiries. Dans un cas comme dans l'autre, des témoins nouveaux pouvaient être entendus [1]; et, bien que la seconde action, dans la compérendination, dût s'ouvrir le troisième jour après la clôture de la première, il y a lieu de croire que ce délai légal n'était pas rigoureusement observé [2].

Les avocats regardaient la compérendination comme une espèce de superfétation très-fatigante [3], et ils avaient recours à des biais pour s'en affranchir. Quelquefois ils ne prenaient la parole que pour la forme dans la première action et se bornaient à faire entendre leurs témoins, en sorte qu'il n'y avait lieu en réalité qu'aux plaidoiries de la compérendination. Dans d'autres circonstances, la plaidoirie de l'accusateur était restreinte à l'exposé des faits généraux ou à de simples considérations sur l'ensemble du procès : c'est le parti que prit Cicéron dans l'affaire de Verrès, pour déjouer les moyens dilatoires sur lesquels ce dernier fondait l'espérance d'un acquittement. Hortensius s'en plaignit vivement, prétendant que c'était opprimer un accusé que de ne pas plaider contre lui, parce que le silence de l'accusateur le privait en définitive du bénéfice de la compérendination [4].

Il ne faut pas oublier que, suivant toutes les probabilités, la compérendination n'était admise que dans les procès *de*

[1] Cic., *In Verr.*, III, 25 : « M. Lollius, ejus filius, adolescens lectissimus, præsto est : hujus verba audietis. »

[2] Cic., *In Verr.*, act. prim., 11 : « Tua ratio est, ut secundum binos ludos mihi respondere incipias ; mea, ut ante primos ludos [comperendinem.] » Quintil., *Or. inst.*, XII, 9.

[3] Cic., *In Verr.*, I, 9 : « Quod habet lex in se molestissimum, bis ut causa dicatur. »

[4] Cic., *In Verr.*, I, 9.

Digitized by Google

pecuniis repetundis, et que toutes les autres matières rentraient dans la règle de l'ampliation facultative.

§ X. — Plusieurs avocats pour la même cause.

Lorsque la profession d'avocat n'existait pas, lorsque les intérêts d'un accusé étaient défendus par ses parents, ses amis, son patron, dont le concours au forum dans un même but formait l'*advocatio*, on comprend que la plaidoirie, encore à l'état d'enfance, manquât d'unité et que plusieurs personnes fussent appelées à y prendre part : c'est ainsi que Virginie comparut devant le décemvir Appius *cum ingenti advocatione* [1]. Mais lorsque l'art de l'éloquence eut fait des progrès, lorsque les jurisconsultes eurent créé la science du droit, lorsque enfin le barreau se fut constitué, la famille naturelle ou politique dut faire place à l'homme spécial, initié à la connaissance des formules, aux ambages de la procédure, à la tactique de l'audience, à l'avocat. L'usage s'établit donc de charger une seule personne de la défense d'un intérêt unique, et cet usage se maintint longtemps [2]. Deux causes tendirent à le faire disparaître. Le nombre des clients étant devenu la mesure du crédit du patron, et le nombre des patrons une garantie de protection pour le client, le même procès, en vue de ce double intérêt, fut confié au zèle de plusieurs avocats. D'autre part, le talent oratoire ayant été poussé jusqu'à ses plus extrêmes limites, l'art étant parvenu à décomposer la plaidoirie en parties distinctes soumises à des règles spéciales et déterminées, il arriva qu'un orateur se fit plus particulièrement remarquer dans telle ou telle de ces parties suivant la nature de ses études, de son carac-

[1] Tite-Live, III, 47.
[2] Cic., *Brutus*, 57; *Pro Cluent.*, 70; Pline, I, 20.

Digitized by Google

tère, de son tempérament, de ses aptitudes : dès lors on espéra plus de perfection dans les détails par la division du travail, assimilant ainsi les opérations de l'esprit aux ouvrages de la main. Cicéron excellait dans le pathétique : on le chargea de la péroraison, tandis que la discussion fut confiée à la méthode et à la netteté d'Hortensius [1]. Quintilien nous apprend qu'il avait ordinairement la mission d'exposer les faits [2]; vers le même temps, un certain Albutius Silus avait la vogue, comme Cicéron, pour la péroraison [3].

Lorsque le procès comportait plusieurs chefs, quelquefois chacun de ces chefs était confié à un avocat; souvent la cause était plaidée en son entier ou dans ses parties principales par plusieurs orateurs qui se succédaient [4]. Dans ces conditions diverses, Cicéron défendit P. Sextius avec Hortensius et plusieurs autres membres du barreau [5]. Il défendit également Célius avec Crassus [6], Cornélius Balbus avec Pompée et Crassus [7], Flaccus avec Hortensius [8], qui lui était adjoint dans un grand nombre de causes [9]. Il fut lui-même assisté de Calidius dans son procès pour le rétablissement de sa maison [10]. Scaurus eut six avocats : Cicéron, Hortensius, M. Marcellus, P. Clodius, Calidius et Messala. On vit leur nombre s'élever jusqu'à douze dans la même affaire et pour la même partie [11].

[1] Cic., *Orator*, 37; *Brutus*, 51.
[2] *Orat. inst.*, IV, 2.
[3] Suétone, *De clar. rhet.*, 6.
[4] Cic., *Pro Sylla*, 4 et 5.
[5] Cic., *Pro Sextio*, 2.
[6] Cic., *Pro Celio*, 10.
[7] Cic., *Pro Balbo*, 1.
[8] Cic., *Pro Flacco*, 23.
[9] Cic., *In Cecil.*, 14.
[10] Quintil., *Orat. instit.*, X, 1.
[11] Ascon., *In or. pro Scauro.*

Digitized by Google

Cicéron n'approuvait pas cet usage, qu'il déclarait contraire aux anciennes institutions du barreau, *veteri instituto* [1]. Il en résultait, en effet, de graves inconvénients; les avocats n'assistaient pas toujours au plaidoyer de leurs confrères [2] : de là des quiproquos, des contradictions et des redites aussi nuisibles au client, que compromettants pour la dignité de l'art [3].

Le même usage subsistait encore du temps de Pline, mais le nombre des avocats que chaque partie se choisissait était beaucoup moins considérable [4]. Il paraît qu'une loi portée sous Auguste réduisit le maximum à trois [5].

§ XI. — Comment les plaidoiries étaient recueillies.

Il existait auprès des tribunaux des teneurs de notes, *notarii*, chargés de constater les dires des parties et les déclarations des témoins [6]. Les *notarii* étaient de véritables sténographes employant une écriture figurée pour abréger les signes ordinaires du discours [7]. Martial nous atteste leur extrême habileté [8].

[1] Cic., *De Orat.*, II, 77 ; *pro Cluent.*, 70; Pline, *Epist.*, I, 20.

[2] Macrobe, *Saturn.*, II, 9 : « Hortensius avait à plaider une cause avec Cicéron dans un intérêt commun. Hortensius, qui était chargé de la première partie, pria son confrère d'intervertir les rôles et de parler le premier, parce qu'il avait besoin, disait-il, d'aller à la campagne pour arroser avec du vin un jeune platane récemment transplanté. »

[3] Cic., *Brutus*, 57.

[4] Pline, *Epist.*, I, 20; II, 11; III, 9; IV, 9.

[5] Tacite, *Ann.*, III, 11, 13 et les scol.

[6] Quelquefois les juges eux-mêmes se chargeaient de ce soin. Cic., *Pro Sylla*, 14.

[7] Quintil., *Or. inst.*, XI, 2: « Habeamus enim sane, ut qui notis scribunt, certas imagines.

[8] *Epig.*, XIV, 208 : « Currant verba licet, manus est velocior illis. » Voy. le même, VII, 52; Suétone, *Titus*, 3; Cic., *Ad Attic.*, XIII, 32; Quintil., VIII, 2; Pline, *Epist.*, IX, 36.

Digitized by Google

Ils se chargeaient également de recueillir les plaidoyers [1], sans doute lorsque les avocats leur promettaient une rétribution. Le plaidoyer d'Hortensius pour Messala fut reproduit mot pour mot à l'audience [2]. Mais les orateurs étaient trop soigneux de leur réputation pour avoir recours à ce procédé en vue d'une publication immédiate ; s'ils en usaient, ce n'était que pour se procurer le canevas de leur discussion et pour conserver le souvenir des incidents, car, en général, leurs plaidoyers n'étaient écrits qu'après avoir été prononcés [3].

Tous les discours de Cicéron qui nous sont parvenus ont été revus et corrigés avec le plus grand soin. Il paraît cependant qu'Asconius [4] et Quintilien [5] avaient lu le petit plaidoyer, *oratiuncula*, présenté en réalité pour la défense de Milon. On sait qu'il ne ressemblait en rien à celui qui fut rédigé plus tard, ce qui fit dire à Milon, lorsqu'il reçut ce dernier dans le lieu de son exil : O Cicéron, si tu avais ainsi parlé, je ne mangerais pas de si bon poisson à Marseille [6].

Nous savons également que le plaidoyer pour Flaccus n'est pas tel que les juges l'entendirent. Macrobe attribue l'acquittement de l'accusé, convaincu des concussions les plus manifestes, à l'à-propos d'un bon mot que l'orateur crut devoir supprimer plus tard en rédigeant son discours [7].

[1] Senèque, *Apokolok.*, IX.

[2] Cic., *Brutus*, 96.

[3] Cic., *Brutus*, 24.

[4] *Argum. pro Mil.*

[5] *Orat. inst.*, IV, 3, *in fine*. En parlant du grand discours, Quintilien dit ailleurs (IV, 2) : « Marcus Tullius in oratione pulcherrima quam pro Milone scriptam reliquit. »

[6] Dion Cass., XL, 54.

[7] *Saturn.*, II, 1 : « Is jocus in oratione non exstat : mihi ex libro Fusii Bibaculi notus est, et inter alia ejus dicteria celebratur. »

Digitized by Google

Les avocats mettaient, au surplus, une sorte de coquetterie à conserver à leurs plaidoyers revus, modifiés, changés, toutes les allures de l'improvisation, comme s'ils avaient eu en vue de tromper la postérité. Cicéron en offre un exemple assez singulier, par cela seul qu'il se puise dans un discours qui ne fut pas même prononcé. L'orateur dit dans une de ses Verrines : « Un artisan... quel est son nom?... Vous me soufflez fort à propos, oui, c'est Polyclète qu'on le nomme [1]. » Nous devons être moins étonnés de rencontrer tant de perfection dans les discours des anciens, lorsque nous voyons avec quel soin extrême ils les polissaient. Cicéron retouchait encore les siens dans sa vieillesse [2]. Pline nous dit que son intention était de se livrer à une révision de ce genre, et cependant ses plaidoyers avaient déjà passé par l'épreuve de plusieurs lectures faites dans des cercles d'amis [3].

GRELLET-DUMAZEAU,
Conseiller à la Cour d'appel de Riom.

[1] *In Verr.*, IV, 3; Pline, *Epist.*, I, 20.
[2] Cic., *De senect.*, 11.
[3] Pline, *Epist.*, II, 19; IV, 5; V, 8, 13; VII, 17.

Digitized by Google

LOI ORGANIQUE SUR LE CONSEIL D'ETAT.

La première loi organique dont l'Assemblée nationale se trouve saisie, est la loi du Conseil d'Etat. L'importance des attributions de ce corps a grandi; il est devenu un rouage politique de la Constitution, et son influence peut paralyser en partie les mauvais effets d'une *Chambre unique*.

Le rapport présenté par M. Vivien, au nom de la Commission [1], est un véritable traité sur la matière: aussi le reproduisons-nous intégralement.

La Constitution, en remettant le pouvoir législatif à une Assemblée unique sortie du suffrage universel, et le pouvoir exécutif à un président issu de la même origine, a voulu qu'un cors intermédiaire se plaçât entre ces deux pouvoirs, leur prêtât son appui, les éclairât de ses connaissances propres, allégeât leur responsabilité par son concours, facilitât leurs relations mutuelles, et *tempérât*, selon les expressions du rapport, *ce que l'Assemblée unique pourrait avoir de trop hardi, ce que le gouvernement pourrait avoir d'arbitraire.*

Cette mission a été confiée au Conseil d'Etat; constitué dans ce but, il supplée en partie à une seconde Chambre, et fait en partie l'office du Conseil d'Etat de la monarchie; mais il n'est ni une seconde Chambre, ni le Conseil d'Etat de la monarchie.

Dans l'opinion des auteurs de la Constitution, l'établissement de deux Chambres offrait, à côté de mérites certains, les dangers les plus graves. S'il devait servir à garantir le pouvoir législatif contre les entraînements d'une autorité sans contrepoids, il pouvait l'arrêter dans sa marche et produire l'immobilité en cherchant l'équilibre. S'il était destiné à procurer des organes à des intérêts divers et parfois opposés, il pouvait

[1] Cette Commission est composée de MM. Tranchand, Reynaud (Jean), Gaulthier de Rumilly, Pougeard, Langlois, Parieu, Cormenin, Roux-Lavergne, Didier, Bauchart, Nachet, Dubodan, Vivien, Woirhaye, Martin de Strasbourg.

Digitized by Google

provoquer des conflits entre des corps rivaux et jaloux, toujours en présence. La Constitution n'a donc point admis la division du pouvoir législatif ; elle l'a fait un comme la nation, un comme la volonté populaire, et elle a cherché dans le Conseil d'Etat, non une seconde Chambre, mais un guide n'ayant d'autre autorité que celle des lumières et de l'expérience, concourant à l'œuvre législative sans l'arrêter, éclairant les pouvoirs publics sans entrer en lutte avec eux, et procurant la discussion sans combats, la représentation des intérêts sans collision, et l'unité sans despotisme.

Deux traits principaux distinguent le nouveau Conseil d'Etat de celui qui l'a précédé.

En premier lieu, il participe nécessairement à la préparation et à la rédaction des lois ; il est le conseil obligé du gouvernement pour celles que le gouvernement propose, le conseil facultatif de l'Assemblée pour celles qui viennent de l'initiative parlementaire. Le dernier Conseil d'Etat n'était jamais consulté sur les projets d'initiative parlementaire, il ne l'était que très-rarement sur ceux du gouvernement, si rarement, qu'on peut dire que cette partie de ses attributions était en quelque sorte tombée en désuétude.

Le dernier Conseil d'Etat était nommé par le pouvoir exécutif, dont il dépendait ; aucun lien ne l'attachait au pouvoir législatif. Le nouveau Conseil d'Etat, élu par l'Assemblée nationale, lui sera étroitement uni par la communauté nécessaire de principes et d'opinions, et par la confiance due à son origine. La Constitution, en rattachant par l'élection le Conseil d'Etat à l'Assemblée nationale, en exigeant qu'il se retrempât dans chaque législature par un renouvellement partiel, a voulu qu'il fût toujours pour l'Assemblée nationale un auxiliaire fidèle et sympathique, et qu'elle se plût à lui demander son concours.

Tels sont, citoyens représentants, les caractères distinctifs du Conseil d'Etat fondé par notre Constitution républicaine : après les avoir clairement marqués, elle a laissé à la loi organique le soin de les développer et d'en faire l'application. Cette loi, vous en avez confié la rédaction à la Commission dont je suis ici l'organe, et qui a consacré à cette tâche des efforts persévérants et nombreux. Elle m'a chargé de vous rendre compte de ses travaux, en m'ordonnant, afin de répondre à la juste impatience de l'Assemblée, de supprimer tout développement superflu. Pour lui obéir, j'ai l'honneur de soumettre à l'Assemblée le résultat d'un

Digitized by Google

travail rapide où je n'ai cherché d'autre mérite que celui de la concision et de la clarté.

Toute loi d'organisation d'un corps administratif ou judiciaire doit comprendre trois objets : ses attributions, sa composition et le mode de son action. C'est l'ordre que la Commission a suivi dans son travail et que je suivrai à mon tour dans cet exposé.

TITRE PREMIER. — *Des fonctions du Conseil d'État.*

La première, la principale fonction du Conseil d'Etat est sa participation à l'œuvre de la loi. Il est ainsi associé dans une certaine mesure à la souveraineté de l'Assemblée nationale et tient une place considérable dans l'Etat. La Constitution a voulu que cette place lui fût assurée, qu'il l'occupât réellement, sérieusement. Dans sa première rédaction, elle appelait le Conseil d'Etat à la préparation de toutes les lois, sans exception, de quelque nature qu'elles fussent, et quel que fût leur objet. C'était lui demander trop et s'exposer à manquer le but en le dépassant. Il est en effet des lois qui, par leur caractère propre et leur urgence, ne pourraient sans inconvénient passer par le Conseil d'Etat. La Constitution l'a reconnu et a décidé que la loi désignerait les projets sur lesquels le gouvernement serait tenu de le consulter. Dresser cette nomenclamenture était le premier devoir imposé à votre Commission.

Le projet que nous vous soumettons établit d'abord, en principe et comme règle générale, l'obligation pour le gouvernement de soumettre tous ses projets de loi au Conseil d'Etat. La faculté de ne point le consulter en certains cas n'est admise qu'à titre exceptionnel, et la règle subsistera pour tous les projets non compris dans l'exception. L'exception elle-même est purement facultative ; elle est introduite en faveur du gouvernement, pour ne point entraver son action, et il y pourra renoncer toutes les fois qu'il le jugera convenable.

Il suffit d'énumérer les projets dispensés de l'avis préalable du Conseil d'Etat pour justifier le travail de la Commission.

Le budget, les lois de crédits additionnels au budget, les lois des comptes, celles qui fixent le contingent annuel de l'armée et la levée des classes sont des mesures de souveraineté, de gouvernement ou de service public plus politiques que législatives; elles comportent un examen détaillé, réclament une solution rapide, et par conséquent ne sont pas en général susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat.

Digitized by Google

D'après la Constitution, tous les traités passés par le pouvoir exécutif doivent obtenir l'approbation de l'Assemblée nationale. Lorsqu'il s'agit de demander cette approbation, l'avis du Conseil d'Etat ne pourrait pas éclairer le gouvernement qui est déjà engagé ; il n'aurait pour conséquence qu'un retard inutile, s'il était favorable au traité, qu'un embarras pour le gouvernement, s'il lui était contraire.

Enfin, les lois d'urgence ne se prêtent point à une formalité qui, malgré la promptitude du Conseil d'Etat, entraînera toujours des lenteurs inévitables.

Toutefois, en admettant ces exceptions, le projet ne veut pas qu'elles puissent autoriser le gouvernement à soustraire au Conseil d'Etat des projets sur lesquels son avis est exigé. Il ne faut pas, par exemple, que, sans le consulter, on puisse porter devant l'Assemblée, à l'occasion du budget, l'établissement d'un impôt nouveau; à l'occasion des lois de crédits additionnels, une loi d'organisation à laquelle serait seulement jointe la demande d'un crédit; à l'occasion de la ratification d'un traité, les mesures législatives qui n'en seraient que la conséquence ; et, sous le prétexte de l'urgence, des projets qui pourraient sans inconvénient subir un retard. L'art. 1er de la loi prévient ces abus: il dispose que l'Assemblée nationale renverra au Conseil d'Etat les projets qui ne rentreraient point dans le cadre des exceptions indiquées et sur lesquels il n'aurait pas été consulté. Chaque membre de l'Assemblée sera en droit d'invoquer cette prescription, et les ministres pourront toujours être rappelés à l'exécution de la loi qu'ils auraient tenté d'éluder.

Indépendamment de son concours consultatif, le Conseil d'Etat peut être invité par le gouvernement à rédiger une loi sur une matière déterminée, sans qu'aucun projet élaboré lui soit remis. C'est un témoignage de confiance qui l'honore, et auquel il sera toujours empressé de répondre. Il peut aussi être consulté par le gouvernement sur les projets d'initiative parlementaire, même sans que l'Assemblée les lui ait renvoyés. Seulement, dans ce cas, l'étude à laquelle il se livre est indépendante des délibérations de l'Assemblée, et n'en suspend point le cours.

S'il doit répondre à l'appel du gouvernement, il ne sera pas moins empressé envers l'Assemblée : elle peut lui renvoyer tous les projets d'initiative parlementaire, et, selon toute apparence, elle usera souvent de ce droit, pour corriger, à l'aide du Conseil d'Etat, celles des propositions de

Digitized by Google

ses membres qui paraîtraient imprudentes, irréfléchies, inexpérimentées, peu en harmonie avec l'ensemble de la législation. Elle lui renvoie aussi au besoin les propositions du gouvernement, soit que le Conseil d'État n'en ait pas connu, en vertu de l'exception admise par l'art. 1er, soit que la discussion engagée ait soulevé des questions nouvelles, suggéré des aperçus, fait naître des propositions, sur lesquels il n'ait pas donné son avis.

Ainsi, comme auxiliaire du pouvoir législatif, il est consulté, tantôt par le gouvernement, tantôt par l'Assemblée. Il doit à l'un et à l'autre le même zèle, la même sincérité. Il est toujours prêt à mettre sa science à leur disposition, c'est-à-dire au service de l'État, dont il est le consciencieux appui.

A cette participation au pouvoir législatif, il joint une autre fonction qui ne le cède en rien à la première. Depuis bientôt cinquante ans, le Conseil d'État, né sous le Consulat, a été appelé à intervenir nécessairement dans la préparation des règlements d'administration publique, sortes de lois secondaires, obligatoires pour les citoyens, comme la loi qu'ils développent et dont ils règlent l'exécution. Il a accompli cette fonction avec un succès qui n'est point contesté, et les gouvernements qui se sont succédé depuis son origine la lui ont tour à tour conservée. Elle ne pouvait lui être retirée au moment où la Constitution l'appelait officiellement à concourir à l'œuvre de la loi. Loin de là, son autorité s'est agrandie ; à une intervention purement consultative, la Constitution substitue, dans le cas d'une délégation de l'Assemblée, un pouvoir propre qu'il exerce seul, et elle l'élève presque ainsi à la dignité même du législateur.

Mais la Constitution n'a pas indiqué les termes dans lesquels serait donnée cette délégation. La loi organique doit combler cette lacune, pour prévenir toute équivoque, pour qu'aucune incertitude ne puisse jamais s'élever sur la validité des règlements qui seraient l'œuvre du Conseil d'État tout seul. D'après le projet, il ne suffira pas que le législateur, selon la formule usitée, ait décidé qu'un règlement d'administration publique intervienderait. Nous demandons que le Conseil d'État ait été expressément désigné pour le faire. La délégation du pouvoir législatif est un fait trop important, pour qu'on puisse l'établir par induction, pour qu'il ne soit pas exprimé en termes formels.

La place que la Constitution a faite au Conseil d'État dans le système de nos institutions publiques ne se borne pas encore aux attributions

Digitized by Google

presque législatives dont il vient d'être parlé. En même temps qu'il conseille et supplée le pouvoir législatif, il doit être le surveillant et le contrôleur suprême des administrations publiques. Il est auprès d'elles le gardien de l'unité politique, le dépositaire des traditions, le conservateur de la règle; il imprime à toutes les branches du service public une impulsion homogène; par la seule autorité des bonnes doctrines de gouvernement dont il est l'organe fidèle et accrédité, et, sans agir par lui-même, il rappelle tous ceux à qui l'action est confiée, au respect de la loi, à l'observation des saines maximes d'administration; il est leur guide et leur tuteur, et sa voix est d'autant mieux écoutée qu'elle ne se fait jamais entendre que pour la défense de l'intérêt public, le maintien de l'ordre et le triomphe des principes.

Quant à la définition de ses pouvoirs en cette matière, la Constitution s'en est référée aux lois, et votre Commission a suivi cet exemple. En effet, les lois qui doivent régler chacune des branches de l'administration peuvent seules déterminer avec précision les pouvoirs qui seront donnés au Conseil d'État. Il était impossible de les définir d'une manière générale et pour ainsi dire théorique. Ils varient avec les divers services, et, dans chaque service, avec les divers ordres de fonctions et d'intérêts; ils pourront être modifiés d'après le système qui prévaudra dans la discussion de ces lois, et particulièrement avec le régime de la centralisation, qui soulève en ce moment des opinions si opposées et des résistances si animées. La loi du Conseil d'État doit donc, comme la Constitution, s'en rapporter aux lois qui interviendront, en maintenant, jusqu'à ce qu'elles soient rendues, l'empire de celles qui sont en vigueur.

Deux dispositions seulement ont paru devoir entrer dans la loi. La première consacre l'obligation imposée au Conseil d'État de donner son avis sur toutes les questions qui lui sont soumises par le président de la République et par les ministres; la seconde établit le droit qui lui est attribué de résoudre les difficultés qui s'élèvent entre les ministres sur leurs attributions respectives, et sur l'application des lois. Les attributions ministérielles doivent, aux termes de la Constitution, être réglées par des lois. Lorsque ces lois donneront lieu à quelques difficutés, le Conseil d'État seul a qualité pour les résoudre, et il n'est pas à craindre qu'il vienne ainsi s'interposer entre les ministres au détriment de leur responsabilité, car il dépendra toujours d'eux, soit de se concerter sur les différends survenus entre eux, soit même de proposer à l'Assemblée une

Digitized by Google

nouvelle loi de partage des attributions, et le Conseil d'État ne sera saisi de ces questions que quand il leur conviendra de les lui soumettre. Quant aux difficultés relatives à l'application des lois, il est nécessaire qu'il les résolve, toutes les fois qu'elles s'agitent entre les divers départements ministériels, pour assurer l'unité d'application qui est un des premiers besoins d'une bonne administration.

Après avoir ainsi défini et réglé les fonctions générales que la Constitution confère au Conseil d'État, la Commission a été naturellement amenée à examiner une question grave que la loi devait résoudre et que l'Assemblée avait expressément réservée dans le débat de la Constitution : le Conseil d'État serait-il le juge du contentieux administratif? telle était cette question.

On sait en quoi consiste l'ordre de contestations que les lois et la jurisprudence désignent sous le nom de *contentieux administratif*.

L'administration publique, dans l'accomplissement de ses fonctions, exerce des pouvoirs de nature diverse. Les uns sont entièrement discrétionnaires ; ainsi, elle fait des nominations aux emplois, elle accorde des autorisations, elle ordonne des mesures pour lesquelles les lois et les règlements s'en sont entièrement rapportés à sa sagesse et à son impartialité. Les autres sont limités par la loi même qui les a créés. Ainsi des formes sont tracées pour l'action administrative, des droits sont assurés aux citoyens dans certains cas et à certaines conditions, particulièrement en matière d'impôts directs. Quelquefois, l'administration elle-même a pris des engagements et souscrit des contrats.

Quand l'administration exerce une autorité entièrement discrétionnaire, ses décisions peuvent contrarier ceux qui en souffrent, mais elles ne blessent que des intérêts et ne donnent lieu à aucun recours juridique. Le citoyen froissé peut invoquer la faveur de l'administration, chercher à se concilier sa bonne volonté, mais il n'est fondé à rien exiger, car il ne saurait invoquer ni le texte d'une loi, ni la lettre d'un contrat.

Il n'en est pas de même quand il s'agit des actes pour lesquels l'administration ne jouissait pas d'une pleine autorité : elle se trouve en présence, non de simples intérêts, mais de droits véritables, et quand ces droits méconnus réclament, entre ceux qui les invoquent et l'administration s'engage une véritable contestation, un procès, pour employer l'expression commune. Ce sont ces contestations qui constituent le contentieux administratif.

A qui appartient-il de juger ces procès? Cette question est contro-

Digitized by Google

versée depuis longtemps, elle a partagé les jurisconsultes, les administrateurs, les hommes d'Etat, elle a reçu les solutions les plus opposées, et chacune de ces solutions présente les plus graves difficultés.

Trois systèmes sont proposés :

Les uns assimilent le contentieux administratif aux procès ordinaires, et prétendent en saisir les tribunaux civils, comme des contestations qui s'agitent entre les citoyens.

Les autres proposent d'en donner le jugement à des juridictions spéciales, entièrement indépendantes et distinctes de l'administration, constituées comme les juridictions ordinaires, soumises aux mêmes formes, et entourées des mêmes garanties.

Les troisièmes soutiennent que l'administration seule doit résoudre les difficultés que soulève son action, les rattachent à la responsabilité ministérielle, et admettent seulement que certaines précautions soient prises pour protéger les citoyens contre un arbitraire trop absolu.

Votre Commission a discuté ces divers systèmes, et n'a admis aucun des trois d'une manière absolue.

Dans son opinion, le contentieux administratif ne saurait en aucune façon être soumis aux tribunaux ordinaires. Les lois et les contrats administratifs appartiennent à un ordre de principes, d'idées et d'intérêts complétement étranger aux juridictions civiles ; il faut, pour les appliquer, des connaissances pratiques, des études légales qu'on ne trouverait pas auprès de ces juridictions. Il y aurait danger pour l'administration à la soumettre à des juges qui ne sont point initiés à ses nécessités, à ses usages, à ses besoins, qui par devoir se préoccupent presque exclusivement du droit privé, et dont l'invasion dans le domaine administratif aurait bientôt détruit le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs.

La création de juridictions spéciales répondrait à une partie de ces objections. Des juridictions spéciales pourraient être composées de manière à offrir les garanties de lumières et d'expérience nécessaires au jugement des contestations administratives; mais placées en dehors de l'administration, elles seraient exposées à s'en séparer bientôt par l'esprit et les tendances que leur imprimerait l'habitude d'une juridiction indépendante ; elles seraient tentées à leur tour d'absorber dans leur autorité celle du gouvernement, et bientôt l'administration entière pourrait devenir leur subordonnée, pour ne pas dire leur vassale.

Si l'administration ne trouve pas assez de garanties dans les deux sys-

Digitized by Google

tèmes que nous venons de discuter, les citoyens, à leur tour, en seraient privés dans celui qui rend l'administration juge de ses propres actes, et qui rattache ce jugement au principe de la responsabilité ministérielle.

La solution du problème nous a paru se trouver dans la combinaison des deux derniers systèmes, c'est-à-dire dans la création d'une juridiction spéciale au sein même du Conseil d'Etat. Cette combinaison, par l'établissement de la juridiction, donne aux citoyens toutes les garanties d'un jugement réel, et, par l'introduction de cette juridiction dans le sein même du Conseil d'Etat, donne à l'administration la certitude que ses juges seront pénétrés de son esprit, et familiers avec ses besoins. Déjà, l'ancien Conseil d'Etat connaissait du contentieux administratif, mais, d'après la loi qui l'instituait, il ne possédait pas une juridiction propre, ce qui était contraire au principe même d'une bonne justice, et mettait en question, au moins théoriquement, le droit des citoyens; de plus, les contestations étaient soumises au Conseil d'Etat entier, ce qui entraînait des longueurs, et ne donnait pas toujours aux parties les juges les plus compétents en des matières si spéciales. Nous retracerons bientôt les formes nouvelles que le projet établit : quant à présent, nous nous bornons à annoncer que la Commission propose à l'Assemblée de remettre au Conseil d'Etat le jugement du contentieux administratif.

Ainsi le Conseil d'Etat est investi de quatre natures d'attributions différentes, bien qu'elles se lient entre elles par des rapports étroits d'analogie : il prend au travail des lois une part le plus souvent obligée ; il prépare et fait en certains cas les règlements d'administration publique ; il surveille, contrôle et rappelle à l'unité l'administration tout entière ; enfin il juge le contentieux administratif. La Constitution lui donne toutes ces attributions, sauf la dernière : nous étions seulement appelés à en déterminer la portée ; l'Assemblée appréciera nos propositions.

Nous ne parlons que pour mémoire de quelques attributions spéciales qui sont encore conférées au Conseil d'Etat par les art. 55, 65, 80 et 99 de la Constitution, et que nous avons dû énumérer, pour que la loi présentât le tableau complet de ses fonctions.

Enfin, nous avons exprimé, par un dernier article, qu'il exercera, jusqu'à nouvel ordre, les diverses attributions que les lois confiaient à l'ancien Conseil d'Etat. Il était nécessaire de les lui transférer ; autrement des lois importantes seraient demeurées sans exécution, et des intérêts considérables sans régulateur. Par ce rappel de la législation en vigueur, nous n'entendons lui donner aucune consécration nouvelle. Si, parmi

Digitized by Google

les pouvoirs ainsi accordés au Conseil d'Etat, il en est qui doivent lui être retirés, soit pour cesser entièrement d'exister, soit pour passer à une autre autorité, la loi nouvelle n'y fera point obstacle.

TITRE II. — *Composition du Conseil d'Etat.*

La Constitution a donné pour président au Conseil d'Etat le vice-président de la République. Elle a décidé que ses membres seraient élus par l'Assemblée nationale, et a laissé à la loi organique le soin de prendre toutes les autres dispositions relatives à sa composition.

Quel sera le nombre des conseillers d'Etat ? Cette question a longuement occupé votre Commission ; il importait que le nombre ne fût ni restreint au préjudice des travaux du Conseil d'Etat, ni étendu au préjudice de sa dignité ; car toute compagnie dont le personnel est supérieur aux besoins du service, perd en dignité ce qu'elle gagne en loisirs. Avant de résoudre cette question, dont la solution était nécessairement quelque peu arbitraire, la Commission s'est rendu compte, autant que possible, de la quantité et de l'importance des affaires ; elle a interrogé les statistiques de l'ancien Conseil d'Etat, calculé le nombre de membres qui devaient entrer dans chaque section, dans chaque Comité, et ces investigations l'ont convaincue que quarante-huit conseillers d'Etat seraient indispensables pour faire face aux travaux prévus. Les éléments détaillés et minutieux de cette appréciation ne sauraient trouver place ici. Ils peuvent se résumer dans une comparaison générale. L'ancien Conseil d'Etat se composait, sous le dernier régime, de 50 conseillers d'Etat, dont 30 en service ordinaire et 20 en service extraordinaire, autorisés à prendre part aux délibérations dans l'Assemblée générale et dans les Comités. Il est vrai qu'après la révolution de Février ce nombre a été réduit à 24 ; mais on peut douter que 24 conseillers d'Etat fussent suffisants, même sous l'ancien Conseil d'Etat ; et, en tout cas, la Commission a pris ce nombre comme présentant le personnel rigoureusement nécessaire, premièrement, pour le jugement du contentieux, qui occupera une section plus nombreuse que l'ancien Comité du contentieux, et, en second lieu, pour l'examen des affaires administratives dans les Comités. Le travail de la préparation des lois, les attributions nouvelles conférées par la Constitution au Conseil d'Etat, et celles qu'il tient de lois spéciales, et que nous lui conservons provisoirement, exigeront au moins un nombre égal de conseillers d'Etat. Si l'on considère que

Digitized by Google

toutes les lois devront, à très-peu d'exceptions près, passer par le Conseil d'Etat, qu'il sera en rapport permanent avec les Comités et les Commissions de l'Assemblée nationale, on reconnaîtra aisément que la Commission en s'arrêtant à ce nombre est plutôt restée en deçà des besoins de cet immense service, qu'elle ne leur a fait une part trop grande.

Après avoir résolu cette question, la Commission s'est demandé si l'élection par l'Assemblée nationale ne devait pas être entourée de certaines formalités, si elle devait, sans aucun examen préalable, être livrée à elle-même, à toutes les chances d'un choix qui, sans guide et sans lumières, pourrait se jeter dans le champ illimité de l'inconnu. Il ne lui a point paru que la prudence le permît. Toute Assemblée, même peu nombreuse, appelée à faire une élection, a besoin que ses choix s'exercent avec discernement. Quand les anciennes Chambres nommaient les officiers principaux chargés de l'administration de leurs intérêts, une liste de proposition leur était présentée par leur bureau. Les Académies, avant toute élection, sont ordinairement dans l'usage de faire dresser une liste préparatoire de candidats par une de leurs sections. Les exemples de ces sages précautions abondent. Comment seraient-elles négligées pour les élections qui doivent recruter le Conseil d'Etat, et qui compromettraient les plus chers intérêts de la nation, si elles n'y faisaient pas entrer les hommes les plus capables, les plus dignes, les plus en possession de la confiance et de l'estime publiques? Il faut que des choix intelligents et raisonnés y réunissent des talents et des capacités diverses, des administrateurs, des financiers, des économistes, des jurisconsultes, des esprits façonnés au travail des lois. Il faut encore que ceux qui auraient l'honorable ambition d'y entrer sachent à qui en exprimer le désir, sinon en faire la demande, et que, pour ceux que le choix de l'Assemblée pourrait aller chercher sans candidature déclarée, elle soit assurée à l'avance qu'ils accepteront cet honneur. Des recherches préparatoires et la formation d'une liste de candidature sont donc indispensables. Mais à qui confier la mission de dresser cette liste? Après avoir discuté diverses combinaisons, nous nous sommes arrêtés à la pensée d'en charger une Commission choisie par les bureaux. Le projet la compose de trente membres, pour lui assurer une parfaite indépendance, pour la mettre à l'abri des obsessions auxquelles une Commission trop peu nombreuse pourrait céder; il la charge de composer une liste égale en nombre, plus une moitié, pour laisser quelque latitude aux suffrages de l'Assemblée, et de la dresser par ordre alphabétique, le classement par ordre de mé-

Digitized by Google

rite étant toujours arbitraire à l'égard de ceux qui en sont l'objet et embarrassant pour ceux qui y procèdent ; enfin, pour qu'aucun membre de l'Assemblée ne puisse prétendre que son droit reçoive la moindre atteinte de ces mesures, la Commission propose de décider que les élections pourront être faites même en dehors de la liste. Au moyen de ces dispositions, l'Assemblée obtiendra toutes les lumières dont elle a besoin sans rien perdre de sa liberté.

D'après la Constitution, les membres de l'Assemblée peuvent être élus conseillers d'Etat ; malgré cette faculté, nous sommes assurés que l'Assemblée s'empressera de prendre en dehors de ses rangs tous ceux qui lui paraîtront dignes de ces hautes fonctions ; on pourra donc s'en rapporter, pour l'Assemblée actuelle et pour celles qui lui succéderont, aux inspirations de leur patriotisme et de leur désintéressement. Cependant, la Commission a cru utile d'inscrire comme règle légale l'obligation de ne prendre parmi les représentants que la moitié au plus des conseillers d'Etat qui devront composer, soit la première formation, soit les renouvellements ultérieurs prévus par l'art. 72 de la Constitution. L'inutilité de cette disposition est la seule objection qui puisse lui être faite.

TITRE III. — *Des fonctionnaires attachés au Conseil d'Etat.*

Les conseillers d'Etat sont l'intelligence, la pensée, la volonté du corps qu'ils composent. Ils délibèrent et prennent des résolutions, ils sont le Conseil d'Etat même. Auprès d'eux doivent se trouver d'autres fonctionnaires, chargés, soit d'établir des rapports entre eux et le pouvoir exécutif, soit de les seconder dans leurs travaux.

Un magistrat, choisi par le président de la République, répondra au premier de ces besoins, avec le titre de commissaire général. Il aura pour auxiliaires trois maîtres des requêtes et trois auditeurs. Requérir au nom de l'Etat dans les affaires contentieuses, présenter des observations dans toutes les autres, correspondre avec les fonctionnaires et magistrats sur tous les objets soumis au Conseil d'Etat, veiller à l'observation des formes, au respect de la loi, représenter le pouvoir exécutif dont il est la seule expression dans une compagnie que l'Assemblée nationale élit, telles sont ses fonctions, et il suffit de les retracer pour en faire comprendre toute l'importance.

Au commissaire général de la République est accordée une prérogative spéciale. Il peut faire partie de l'Assemblée nationale. Quand il

Digitized by Google

réunira ce double caractère, il sera au besoin dans le sein de l'Assemblée l'organe du Conseil d'Etat, dans le sein du Conseil d'Etat l'organe de l'Assemblée. Tenant au pouvoir exécutif par son origine, au pouvoir législatif par son titre parlementaire, au Conseil d'Etat par ses fonctions, il sera comme l'anneau destiné à les rapprocher et à les unir.

Les collaborateurs des conseillers d'Etat sont les maîtres des requêtes et les auditeurs, fonctionnaires empruntés à l'ancienne organisation du Conseil d'Etat, mais dont le nombre est réduit par le projet d'un cinquième pour les premiers, de moitié pour les seconds.

Dans l'opinion bien arrêtée de la Commission, les conseillers d'Etat doivent se livrer constamment à leurs fonctions. Le régime républicain n'admet point de sinécures, de titre sans emploi. Si la Constitution exclut les conseillers d'Etat de l'Assemblée nationale, c'est pour que toutes leurs pensées, tous leurs soins se dirigent exclusivement vers le Conseil d'Etat. Elle n'a pas voulu de ces fonctionnaires parasites, détournés du parlement par leur judicature, de leur judicature par le parlement, ne se souvenant d'un de leurs titres que pour éluder l'autre et négligeant les devoirs de tous les deux à la fois. Les conseillers d'Etat devront donc appartenir tout entiers à leurs fonctions, assister aux séances, faire des rapports, préparer des projets de lois, de règlements, d'avis. Mais les affaires du Conseil d'Etat se comptent par milliers, et les conseillers d'Etat ne pourraient suffire à les examiner toutes personnellement : pour un grand nombre, ce serait même les détourner de travaux plus utiles et plus importants, sans profit pour les affaires et au grand dommage de l'intérêt public. Les conseillers d'Etat doivent être occupés activement, assidûment, mais non absorbés, de manière à ne plus pouvoir, par des études générales, se tenir au courant du progrès de la science, du mouvement des esprits et des besoins publics.

C'est pour les seconder, pour leur prêter assistance que sont institués les maîtres des requêtes, qui partagent avec eux le rôle de rapporteurs, qui, soumis à moins de mobilité, demeureront comme les répertoires de la tradition, et seront plus spécialement chargés des affaires qui exigent un long examen et de patientes investigations.

Le projet donne au président de la République la nomination et la révocation des maîtres des requêtes; mais il établit des garanties telles qu'en réalité les choix appartiendront principalement au Conseil d'Etat, représenté par les présidents de section.

Après les maîtres des requêtes, le projet place les auditeurs. Votre

Digitized by Google

Commission a vu en eux de laborieux collaborateurs des conseillers d'Etat et des maîtres des requêtes ; elle croit qu'ils contribueront efficacement aux travaux préparatoires et à l'expédition des affaires, mais elle les a considérés d'un autre point de vue, plus large, et si l'on peut dire plus élevé.

L'auditorat au Conseil d'Etat est moins un service public qu'une préparation aux fonctions de l'Etat, un noviciat, un moyen de former des hommes capables d'occuper plus tard, avec toutes les garanties de l'expérience et de la science, des emplois administratifs, et spécialement ceux de maître des requêtes, de sous-préfet et de préfet.

Dans le Conseil d'Etat, les auditeurs recueillent à la fois les préceptes et les exemples, les doctrines et les applications ; ils s'y trouvent en contact habituel avec les esprits les plus éminents ; ils assistent à des délibérations qui les initient à tous les détails des affaires ; ils apprennent, ce qui est l'honneur et la vertu du Conseil d'Etat, à les traiter dans leurs seuls rapports avec l'intérêt de l'Etat, en dehors de toute préoccupation de personnes et de partis, dans une région où ne pénètrent ni les intrigues ni les passions. Le Conseil d'Etat est la meilleure école de l'administration : des fonctionnaires qui y entraient après avoir occupé des emplois importants ont souvent trouvé beaucoup à y apprendre, et ceux qui en sont sortis pour prendre place dans les services actifs ont toujours été distingués parmi leurs nouveaux collègues.

C'est cette pépinière que votre Commission conserve, mais elle veut lui faire porter des fruits, et, tout en adoptant l'institution, elle la modifie en des points essentiels. Désormais, les auditeurs seront nommés au concours : les influences de famille, de fortune, de situation politique ne seront plus des titres d'admission. Le mérite seul, le mérite constaté, éprouvé au grand jour, ouvrira la carrière aux aspirants. La durée de l'auditorat est réduite à quatre années : un certain nombre d'emplois de maître des requêtes et de sous-préfet, sont réservés aux auditeurs, et, en raison de la réduction de leur nombre, tous ceux qui mériteront seront assurés d'obtenir un poste convenable, même avant l'expiration des quatre années. De même que le concours doit leur ouvrir les portes du Conseil d'Etat, ils ne seront promus à d'autres fonctions que d'après les listes de présentation des présidents de section, juges compétents du talent et des services de chacun. Ainsi, l'aptitude et la capacité seront, pour les emplois ultérieurs comme pour l'admission, la seule règle des nominations, et l'institution à laquelle on a pu reprocher,

Digitized by Google

dans une certaine mesure, de favoriser le népotisme, devient essentiellement démocratique.

Nous nous bornons à mentionner par leur titre deux autres fonctionnaires attachés au Conseil d'Etat. Désigner le secrétaire général et le secrétaire du contentieux, c'est assez dire les fonctions qu'ils occupent et leur utilité.

TITRE IV. — *Des Traitements.*

Il était nécessaire que la loi nouvelle fixât les traitements des membres du Conseil d'Etat et des fonctionnaires qui y sont attachés. Le budget pouvait bien être consulté par analogie, mais les traitements qu'il attribue à l'ancien Conseil d'Etat n'étaient pas virtuellement applicables au nouveau. Votre Commission a d'ailleurs pensé qu'en principe, il était désirable que les lois qui instituent les divers ordres de fonctions réglassent les rémunérations que l'Etat leur accorde. On leur donne ainsi plus de fixité, car, si la loi du budget est toujours maîtresse de les modifier, on peut du moins supposer, qu'à moins de circonstances ou de causes extraordinaires, elle s'arrêtera devant les fixations normales des lois organiques.

Ces considérations ont décidé la Commission à insérer dans le projet les traitements attachés au Conseil d'État. Elle s'est arrêtée aux sommes adoptées pour l'ancien Conseil par le dernier budget, malgré les réductions qui y ont été introduites. Il est dans le caractère des gouvernements démocratiques de n'admettre ni les traitements trop élevés, qui surchargent les contribuables, ni les traitements trop bas, qui infligent aux fonctionnaires une position misérable, quand ils n'ont pas pour effet d'exclure le talent sans fortune. Votre Commission s'est conformée à ce principe, et, comme elle voulait que l'auditorat fût accessible à tous, elle y a attaché un traitement modique, mais suffisant pour des hommes encore jeunes et exempts des charges d'une famille.

A la question des traitements se rattache celle du cumul des fonctions. Le projet déclare les fonctions dans le Conseil d'Etat incompatibles avec tout autre emploi salarié. Nous entendons qu'il en sera de même de toute profession privée, de tout intérêt dans des entreprises industrielles ou commerciales. Mais il ne nous a pas paru qu'il fût nécessaire d'inscrire dans la loi cette règle qui résulte de la nature même de ces fonctions, et qui pourra d'ailleurs être explicitement consacrée par le règlement du Conseil d'Etat.

Digitized by Google

Les trois derniers titres dont nous venons de retracer les dispositions principales embrassent, dans leur ensemble, tout le personnel du Conseil d'Etat : le nombre des citoyens qui en font partie, le mode de leur nomination, leur situation respective, leurs émoluments. Une règle hiérarchique les distribue selon les besoins du service, depuis le président jusqu'à l'auditeur. Tous les emplois sont soumis à des conditions de nomination qui doivent exclure l'incapacité et déjouer l'intrigue. Les nombres sont rigoureusement proportionnés aux nécessités des affaires, et les traitements aux règles d'une administration équitable, juste sans prodigalité ni parcimonie. Votre Commission croit fermement que cette organisation aura pour résultat de constituer un Conseil d'Etat à la hauteur de sa mission.

TITRE V. — *Des formes de procéder.*

Le Conseil d'Etat forme un corps unique, dont tous les membres siégent au même titre, exercent les mêmes fonctions, partagent les mêmes droits ; tous concourent également à l'œuvre commune, et aucune distinction ne les sépare. Mais le travail doit être divisé et réparti entre eux de manière à en rendre l'expédition prompte et la préparation complète et réfléchie. Une première division résulte de la nature même des diverses attributions du Conseil d'Etat ; elles sont, comme on l'a vu, et pour n'en prendre que le caractère saillant, législatives, administratives et judiciaires. Le Conseil d'Etat doit donc d'abord être partagé en trois sections qui correspondent à chacune de ces catégories. Un article du projet établit ce partage.

Le Conseil d'Etat étant divisé en sections, il était nécessaire de déterminer le mode de nomination des présidents. On ne pouvait s'en remettre au Pouvoir exécutif. Le Conseil d'Etat en est entièrement indépendant, et le Pouvoir exécutif n'était pas plus recevable à intervenir dans la nomination des présidents que dans celle des conseillers d'Etat eux-mêmes. Le projet propose de rendre ces fonctions électives. L'élection est dans l'esprit de nos institutions ; on peut être assuré d'avance qu'elle ira trouver les plus capables, et que les travaux du Conseil d'Etat seront ainsi placés sous une direction active, intelligente et d'autant mieux acceptée qu'elle aura été déférée par ceux mêmes sur lesquels elle s'exercera.

Les paragraphes suivants du titre cinquième règlent, dans l'ordre que

Digitized by Google

nous suivrons ici, les attributions et le mode de procéder de chacune des sections.

§ 1er. — *Section de législation.*

L'examen et la préparation des projets de lois et des règlements d'administration publique appartiennent spécialement à cette section. Elle correspond plus particulièrement avec l'Assemblée nationale dont les anciens membres, selon toute apparence, la composeront principalement. C'est en elle surtout que se réfléchira le caractère politique du Conseil d'Etat, car ce caractère ne devra se rencontrer que rarement dans la section d'administration et jamais dans celle du contentieux. A ce titre, le projet lui remet les attributions spéciales du Conseil d'Etat qui se lient à la politique, la révocation des agents du pouvoir exécutif, élus par les citoyens, la dissolution des Conseils généraux, cantonaux et municipaux, les avis relatifs aux grâces, et enfin les matières spéciales conservées au Conseil d'Etat par l'art. 9 du projet.

Des Commissions permanentes ou temporaires, formées dans le sein de la section de législation, prépareront les projets les plus importants et donneront leur avis, au nom de la section, sur les autres projets. Les Commissions permanentes seront destinées à l'étude des matières spéciales, sur lesquelles des projets nombreux pourront être soumis au Conseil d'Etat : elles seront en rapport avec les Commissions ou Comités de l'Assemblée ; ainsi, pour prendre quelques exemples, les matières financières, les matières administratives, les matières judiciaires, les matières militaires et coloniales pourront avoir leur Commission spéciale. Ces Commissions travailleront avec activité parce qu'elles seront peu nombreuses, avec autorité parce qu'elles réuniront des hommes compétents et exercés, avec zèle et assiduité parce qu'une grande responsabilité pèsera sur elles, et que les interpellations de l'Assemblée ou de ses Comités les tiendront sans cesse en éveil. Quant aux Commissions temporaires, elles se formeront accidentellement, pour l'examen des projets qui ne rentreraient pas dans les attributions des Commissions permanentes ou qui exigeraient le concours de membres empruntés à plusieurs de ces Commissions.

Les conseillers d'Etat de la section de législation et ceux des autres sections, si la délibération a eu lieu en assemblée générale, ne se consacrent pas seulement aux délibérations intérieures du Conseil d'Etat; ils peuvent être appelés dans le sein des Commissions et Comités de

Digitized by Google

l'Assemblée nationale, pour y exposer et y développer l'avis du Conseil d'Etat. Cet avis, consigné dans une froide rédaction, peut être incomplet, obscur, insuffisant. Les observations orales du conseiller d'Etat lui donneront les développements nécessaires. Le projet appelle même les maîtres des requêtes à cette fonction importante. Ils y trouveront l'occasion de se faire connaître, de mettre leur capacité en évidence ; ils pourront y conquérir les suffrages de l'Assemblée, pour l'élévation au titre de conseiller d'Etat.

Des délais sont fixés pour l'examen des projets de loi par le Conseil d'Etat. Ils n'ont pour sanction que le sentiment du devoir qui animera ses membres, mais cette sanction était pleinement suffisante.

§ 2. *Section d'administration.*

La section d'administration et ses Comités rempliront à peu près les fonctions de l'ancien Conseil d'Etat et de ses Comités, en matière administrative ; mais les Comités seront moins nombreux, bien qu'ils doivent continuer à correspondre avec les divers départements ministériels. C'est dans leur sein que s'élaboreront toutes les affaires administratives proprement dites, les questions relatives à l'administration communale et départementale, aux établissements publics de tous genres, aux travaux publics, à l'agriculture et au commerce, les liquidations de pensions, les avis demandés par les ministres sur les sujets si nombreux pour lesquels ils recourent au Conseil d'Etat.

Elle procurera, par l'adjonction de ses Comités, des renseignements pratiques à la section de législation sur les projets dont celle-ci sera saisie. Plus habituée aux affaires de chaque jour, occupée sans cesse à suivre la marche de l'administration, à s'assurer qu'en toute occasion les règles ont été observées, elle fournira à la section de législation les données de l'expérience, les traditions administratives, et, grâce à ce concours, les lois, les règlements qui sortiront du Conseil d'Etat ne contiendront jamais, à l'insu de leurs auteurs, ces contradictions, ces antinomies, ces lacunes qui ont trop souvent déparé la législation.

§ 3. *Section du contentieux administratif.*

Nous avons déjà dit les deux innovations profondes que le projet introduit dans le jugement du contentieux administratif. Il donne au Con-

Digitized by Google

seil d'Etat une juridiction propre ; il confie à une section seulement et non au Conseil d'Etat entier, le droit de prononcer.

C'est la section du contentieux qui sera investie de ce droit : composée de neuf membres, elle pourra juger avec le concours de sept. Du reste, pour la publicité des audiences, le rapport, les plaidoiries des avocats, les conclusions du ministère public, le projet se borne à reproduire, en les appliquant à la section, les dispositions établies par la loi du 19 juillet 1845 pour l'assemblée générale de l'ancien Conseil d'Etat.

Ce système nouveau conserve l'instruction écrite ordonnée par le décret de 1806, et qui contribue tant à éclairer le rapporteur et les juges ; mais il supprime la délibération à laquelle se livrait le Comité du contentieux avant que l'assemblée générale connût de l'affaire, délibération sur laquelle le Comité rédigeait un projet de décision qu'il soumettait au Conseil d'Etat. Cette manière de procéder offrait des avantages qu'il serait injuste de méconnaître. On ne peut nier que quelques hommes consciencieux et expérimentés, délibérant entre eux, en présence des pièces qu'ils lisaient eux-mêmes, interrogeant le rapporteur, échangeant les objections, discutant à fond tous les éléments d'un dossier, n'apportassent au Conseil d'Etat un projet de décision qui devait inspirer une pleine confiance. Toutefois, on ne saurait nier non plus que la plaidoirie publique qui suivait la résolution du Comité n'était plus une chose sérieuse, qu'elle ne devait guère exercer d'influence que sur l'esprit des conseillers étrangers au Comité, mais, par cela même aussi, peu en état, dans la délibération dernière, de répondre aux arguments de leurs collègues, qui avaient lu les pièces et déjà discuté l'affaire. Nous nous gardons bien de dire et encore plus de penser que la justice ne fût pas bien rendue, mais nous sommes en droit d'affirmer qu'elle ne réunissait pas toutes les conditions extérieures d'une bonne justice, et que, le plus souvent, la plaidoirie publique et la délibération de l'assemblée générale du Conseil d'Etat ne constituaient qu'un vain appareil.

Devant la section du contentieux, les choses ne se passeront plus ainsi. Le rapport et les plaidoiries seront présentés à des juges libres de toute impression déjà conçue. La section aura toujours la faculté et souvent le devoir de se livrer après ces débats à l'examen auquel le Comité du contentieux procédait auparavant, et ainsi aucune garantie ne manquera ni à l'Etat, ni aux parties privées.

La Commission a cru devoir attacher à l'institution du commissaire général les attributions qui en sont l'attribut nécessaire. Elle lui con-

Digitized by Google

fère les pouvoirs analogues à ceux que le procureur général exerce devant la Cour de cassation ; il sera chargé de faire annuler, sur l'ordre des ministres, les actes administratifs contraires à la loi, et de provoquer d'office, et dans l'intérêt de la loi, l'annulation des décisions des juridictions administratives, qui, devenues définitives, devraient être annulées. Précédemment, ces recours étaient intentés par les ministres, mais des difficultés s'élevaient sur la forme, sur les délais. Désormais, entre les mains du commissaire général, ils seront intentés avec régularité, et ne pourront soulever aucune objection de procédure.

La section du contentieux est permanente. Cependant son personnel sera modifié pour partie chaque année par le roulement que doit organiser le règlement du Conseil d'Etat ; il pourra l'être tous les trois ans, lors du renouvellement partiel effectué par l'assemblée générale. Par ce moyen, la juridiction que le projet constitue possédera assez de stabilité pour donner toute sécurité aux justiciables, assez de mobilité pour ne pas être imprégnée dans une juste mesure du sentiment de l'intérêt public, nécessaire à des juges administratifs. Elle puisera, de plus, dans les assemblées générales du Conseil d'Etat, auxquelles elle prendra part, cet esprit de gouvernement, cette habitude des affaires publiques qui doivent toujours présider au jugement des contestations engagées entre l'Etat et les citoyens : à son tour, elle apportera à l'assemblé générale le sentiment du droit dont elle sera plus particulièrement pénétrée.

§ 4. — *Assemblée générale du Conseil d'Etat.*

Le Conseil d'Etat siége tout entier aux assemblées générales, et il y offrira la réunion des lumières les plus diverses et les plus fécondes. La théorie légale et philosophique sera exposée et défendue par la section de législation, l'application usuelle des lois, les procédés administratifs par la section d'administration, le droit dans son expression scientifique et pratique par la section du contentieux. On peut être assuré qu'une question portée devant une telle assemblée y sera vue sous toutes ses faces, examinée dans tous ses rapports avec l'Etat et les citoyens, et soumise à la discussion la plus complète et la plus approfondie.

A l'assemblée générale du Conseil d'Etat seront portés les projets de lois organiques de la Constitution, et les projets de règlement d'administration publique pour lesquels le Conseil d'Etat aura, par une délégation spéciale, été substitué à l'Assemblée législative.

Digitized by Google

Les sections pourront toujours lui déférer les projets qu'elles croiront dignes de cette délibération solennelle.

Enfin, le règlement du Conseil d'Etat dressera la nomenclature des autres projets qui devront passer à l'assemblée générale, nomenclature qui n'était pas susceptible de trouver place dans la loi, parce qu'elle peut varier, et qu'elle entraînerait de trop minutieux détails.

Un pouvoir considérable est conféré par le projet à l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Elle connaîtra des recours dirigés par le commissaire général contre les décisions de la section du contientieux.

Ces recours sont de deux sortes.

Les décisions de la section du contentieux peuvent être dénoncées pour excès de pouvoir ou violation de la loi. L'excès de pouvoir est le plus grand vice qui puisse infecter une décision judiciaire. La violation de la loi entraîne les conséquences les plus fâcheuses, quand elle est commise par un tribunal placé au sommet de la hiérarchie, et imprimant le mouvement à tous les autres. Il importait donc que la censure du Conseil d'Etat pût s'attacher à des décisions qui contiendraient l'une ou l'autre de ces causes d'annulation. Toutefois, cette censure n'interviendra que dans l'intérêt de la loi. On ne pouvait y attacher la nullité même de la décision attaquée, sans se jeter dans les plus graves difficultés. Le Conseil d'Etat n'aurait pu ni juger le fond en assemblée générale, ce qui ferait de lui un véritable corps judiciaire, ni le renvoyer à la section qui se serait déjà prononcée, et il n'existait aucune autre juridiction qui pût en être saisie.

Au reste, une autre disposition du projet pourvoit à ce qui pouvait manquer à ce système. Elle donne au commissaire général le droit de revendiquer devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat les affaires portées devant la section du contentieux, et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif; recours indispensable, et sans lequel la juridiction conférée à cette section eût été pleine de périls. En effet, la définition du contentieux administratif proprement dit n'est pas toujours facile. Nous avons dit qu'il naissait au moment où un droit est méconnu; mais la limite qui sépare les droits des intérêts n'est pas toujours certaine. D'ailleurs, il est même des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de la responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent des droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir

Digitized by Google

politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun, et créer dans l'Etat un pouvoir nouveau et menaçant pour tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que des droits privés puissent en être atteints. C'est ce que la jurisprudence du Conseil d'Etat a consacré. Ces nuances sont toujours délicates. On ne saurait, sans danger, les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque, et la section du contentieux du Conseil d'Etat, de quelque confiance qu'elle nous paraisse digne, ne pouvait sans réserve être investie d'une telle autorité. Aussi le projet la lui refuse-t-il. Ces questions, quand elles s'agiteront, seront donc portées d'abord devant la section qui doit être appelée à statuer la première sur sa compétence, comme les tribunaux ordinaires en matière de conflits d'attribution; mais le dernier mot appartiendra à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, corps en partie politique, pénétré du sentiment des nécessités de gouvernement et qui, on peut en être sûr, ne les sacrifiera jamais ni à l'esprit de corps, ni au sentiment d'une jalouse rivalité. La Commission croit avoir ainsi concilié les droits des parties privées et ceux de l'Etat, et au moyen de ces garanties, elle n'éprouve aucune inquiétude quand elle propose de constituer la juridiction propre et définitive de la section du contentieux.

TITRE VII. — *Dispositions générales.*

Ce titre a pour objet de consacrer des mesures qui ne rentraient dans le cadre d'aucune des sections précédentes.

Les premières ont trait aux séances.

Les ministres y seront toujours admis et entendus quand ils le demanderont. Ils ne pouvaient être privés au Conseil d'Etat d'une faculté que la Constitution leur donne dans l'Assemblée nationale. Dans l'ancien Conseil d'Etat, la présidence leur était attribuée. Cette prérogative serait incompatible avec la nouvelle constitution du Conseil d'Etat; elle était d'ailleurs surtout honorifique. Leur présence n'en sera pas moins utile au Conseil d'Etat qui pourra y trouver une direction, et à eux-mêmes qui y puiseront les plus précieuses informations.

D'autres secours non moins précieux sont mis à la disposition du Conseil d'Etat. Il aura le droit d'appeler à prendre part à ses délibérations des savants, des magistrats, des administrateurs, tous les citoyens

Digitized by Google

en un mot qu'il croira profitable de consulter. Ainsi les discussions pourront toujours être appropriées à l'objet sur lequel elles porteront, quelque spécial, quelque technique qu'il soit. Le Conseil d'Etat de l'Empire a offert l'exemple de ce concours demandé à la science et aux intelligences supérieures. Il est indispensable à des délibérations qui seront aussi variées que les innombrables sujets sur lesquels s'exerce l'activité humaine et le gouvernement d'une grande société.

L'ancien Conseil d'Etat comptait dans ses rangs, sous la qualification de service extraordinaire, des membres de l'administration active, des chefs de service de chaque ministère, et cette adjonction lui était souvent d'une grande utilité. Le service extraordinaire a été supprimé après la révolution de Février : il constituait des titres sans fonction réelle et habituelle, il avait parfois pour résultat d'altérer la sincérité des résolutions du Conseil d'Etat, en y mêlant un élément étranger et trop dépendant du pouvoir. Le projet ne rétablit point le service extraordinaire, qui serait d'ailleurs contraire à la Constitution. Mais, pour y suppléer, il autorise le Conseil d'Etat à convoquer dans son sein les fonctionnaires qui le composaient, et à leur demander toutes les explications qu'il juge nécessaires.

Les autres articles du titre v n'ont besoin d'aucun commentaire. Nous mentionnerons seulement celui qui charge le Conseil d'Etat de faire son règlement. Nous avons appliqué la formule qui implique une délégation spéciale de l'Assemblée, et jamais cette délégation ne sera mieux justifiée que dans ce cas particulier. Le règlement à intervenir statuera sur tout ce que la loi aurait omis, et en deviendra le complément et l'appendice.

TITRE VI. — *Dispositions transitoires.*

Il s'écoulera un certain temps avant que le règlement dont nous venons de parler soit préparé, rédigé, mis à exécution. Cependant il est nécessaire que le Conseil d'Etat puisse vaquer immédiatement à ses travaux, ne fût-ce que pour faire ce règlement. Des mesures provisoires étaient nécessaires. La Commission vous propose de les confier au président du Conseil d'Etat, seul investi de quelque autorité quand le Conseil d'Etat se réunira pour la première fois, et que son titre désignait naturellement pour ce mandat temporaire.

Une dernière question se présentait : à quelle époque et par qui sera faite la première élection des conseillers d'Etat?

Digitized by Google

L'article 72 de la Constitution dispose que les membres du Conseil d'Etat seront nommés pour six ans par l'Assemblée nationale, et renouvelés par moitié dans les deux premiers mois de chaque législature.

Cet article est clair et ne prête à aucune incertitude : mais il ne s'applique que, aux élections normales, qui auront lieu quand la Constitution sera entièrement en vigueur ; il ne parle pas de la première nomination des conseillers d'Etat, et les articles transitoires de la Constitution ne contiennent aucune disposition qui s'y applique.

C'est à la loi organique qu'il appartient de combler cette lacune, de même que, aux termes de l'art. 114 de la Constitution, la loi d'organisation judiciaire doit statuer sur la première composition des nouveaux tribunaux.

Votre Commission a été unanime sur la nécessité d'introduire à cet égard une disposition dans la loi ; mais elle a été profondément divisée sur la nature même de cette disposition.

Quelques membres étaient d'avis de remettre à la prochaine Assemblée nationale l'élection de tous les conseillers d'Etat, la moitié devant être ensuite renouvelée par la législature suivante, conformément à l'article 72 de la Constitution.

A l'appui de cette opinion, ils ont soutenu que l'Assemblée actuelle avait le droit d'organiser le nouveau Conseil d'Etat, à titre d'Assemblée constituante, mais non celui d'y faire des nominations, ce qui était l'office d'une Assemblée nationale ordinaire ; qu'il était plus digne de l'Assemblée actuelle de ne point procéder à des élections dans lesquelles seraient nécessairement nommés quelques-uns de ses membres, et qu'elle donnerait une dernière et solennelle preuve de son désintéressement, en s'abstenant de ces nominations et en les laissant entières à l'Assemblée qui doit lui succéder.

Il a été répondu que le droit de l'Assemblée actuelle ne pouvait pas être contesté. Elle réunit aux pouvoirs d'une Assemblée constituante ceux d'une Assemblée législative, elle exerce la plénitude des pouvoirs. Lui refuser le droit de nommer les conseillers d'Etat, autant aurait valu lui contester celui de vérifier les élections du président de la République, et de le proclamer, comme elle l'a fait, de l'aveu de tous. S'il est un droit qui soit contestable, c'est celui d'une Assemblée nationale non constituante, de nommer, comme on le propose, la totalité des conseillers d'Etat, tandis que, d'après l'article 72, elle n'en doit jamais nommer que la moitié. Quant à l'argument fondé sur la prétendue dignité de

Digitized by Google

l'Assemblée actuelle, elle y répondra par ses choix, et dans le cas où quelques-uns de ses membres seraient introduits dans le Conseil d'Etat, ils le devront, non à leur titre de représentant, mais à leur mérite propre et à la prévoyance des services qu'ils y rendront. D'ailleurs, si nous devons donner à la nation l'exemple du désintéressement, nous devons, avec non moins de sollicitude, ne rien négliger pour que l'esprit de l'Assemblée qui a voté la Constitution, entre dans le Conseil d'Etat, à qui il appartiendra de l'appliquer.

Ces considérations ont prévalu dans le sein de la Commission, et ont fait écarter la proposition de renvoyer à la prochaine Assemblée l'élection de tous les conseillers d'Etat.

Une seconde opinion s'est produite : elle consistait à faire nommer tous les conseillers d'Etat par l'Assemblée actuelle. Un de ceux qui la défendaient voulait que la prochaine Assemblée ne fît aucune nomination ; tous les autres étaient d'avis que cette Assemblée procédât, dans les deux premiers mois de sa réunion, au renouvellement de la moitié des membres nommés par l'Assemblée actuelle.

Cette opinion s'appuyait sur des raisons graves. L'Assemblée actuelle, en nommant le Conseil d'Etat, usait de son droit ; l'Assemblée suivante n'était pas privée du sien, puisqu'elle opérait le renouvellement de la moitié, dans les termes de la Constitution. Mais n'y avait-il pas un inconvénient réel à faire des nominations dont la moitié serait frappée de révocation presque immédiatement ? De telles nominations seraient-elles sérieuses ? Les hommes les plus dignes d'entrer au Conseil d'Etat ne reculeraient-ils pas devant la chance de cette double élection, répétée coup sur coup, qui pourrait leur retirer des fonctions dont ils auraient à peine eu le temps de prendre possession, et empêcher ceux qui auraient fait partie de l'Assemblée de se présenter aux prochaines élections, sans leur assurer leur maintien dans le Conseil d'Etat ?

La Commission a été partagée presque également sur cette proposition, mais la majorité s'est prononcée contre.

Trois points semblaient acquis par la discussion : le droit et l'intérêt politique pour l'Assemblée actuelle de nommer au moins pour partie des conseillers d'Etat ; le droit incontestable pour l'Assemblée prochaine de composer la moitié du Conseil d'Etat ; enfin l'impossibilité morale d'une nomination de tous les conseillers d'Etat par l'Assemblée actuelle avec le renouvellement immédiat de la moitié.

La Commission s'est trouvée ainsi conduite à la proposition qu'elle a

Digitized by Google

l'honneur de vous soumettre, et qui consiste à faire nommer la moitié des conseillers d'Etat par l'Assemblée actuelle et l'autre moitié par l'Assemblée suivante.

Dans l'esprit de la Constitution, le Conseil d'Etat doit toujours être l'expression de deux Assemblées. On n'a pas voulu que l'esprit d'une seule y dominât exclusivement; il doit être la réunion, l'alliance, la conciliation de la pensée de l'Assemblée qui se retire et de la pensée de celle qui arrive. Il est destiné à prévenir toute secousse trop brusque, à conserver les traditions, à adoucir le passage d'un système à un autre.

D'après ce principe de la Constitution, le prochain Conseil d'État ne répondrait pas à sa destination, s'il était l'élu exclusif soit de l'Assemblée actuelle, soit de celle qui la remplacera. Il doit donc par son origine appartenir à toutes deux: sa nomination pour moitié par chacune d'elles satisfera à ce besoin.

Si l'Assemblée actuelle devait vivre encore un temps assez long pour qu'un Conseil d'État pût se constituer et fonctionner avec elle, nous n'aurions pas hésité à vous proposer de lui faire nommer tous les conseillers d'État; mais nous avons déjà indiqué les raisons qui s'opposaient à cette nomination intégrale, suivie presque aussitôt du renouvellement de la moitié.

Le peu de durée probable de l'Assemblée actuelle répond aux objections qui pourraient être tirées de ce que, par la combinaison proposée, le Conseil d'État ne pourra entrer en exercice que quand la prochaine Assemblée l'aura complété. Jusque-là, ses pouvoirs resteront tant à l'ancien Conseil d'État qu'à la Commission nommée par l'Assemblée en vertu du décret du 28 octobre, et pour que les conseillers d'État nommés par vous restent peu de temps dans cette situation d'expectative, nous vous proposons de ne procéder aux élections que dans les vingt jours qui précéderont votre dissolution. La prochaine Assemblée, nous en sommes assurés, s'empressera de faire les nominations qui lui auront été réservées et de constituer ainsi définitivement le Conseil d'État.

Tel est, citoyens représentants, l'esprit général du projet que nous avons l'honneur de soumettre à vos délibérations. Pour constituer le Conseil d'État de la République, nous nous sommes inspirés de l'esprit de la Constitution, nous avons interrogé le passé et demandé à l'expérience tout ce qui était compatible avec nos institutions nouvelles. Si nos propositions sont admises, le Conseil d'État occupera une grande place dans notre organisation politique. Il sera souvent un secours puis-

Digitized by Google

sant, jamais une entrave. Il viendra en aide à tous les pouvoirs, à l'Assemblée législative, au gouvernement. Il facilitera leur marche respective et leurs rapports mutuels. La législation et l'administration lui devront leurs progrès, leurs améliorations, les citoyens une protection efficace dans l'exercice de leurs droits, dans la défense de leurs intérêts.

Son personnel, proportionné à l'étendue de ses fonctions si nombreuses et si importantes, fournira des instruments capables et dévoués à ses différents services. Une école s'ouvrira devant les hommes qu'une vocation spéciale destinera à servir l'État dans les fonctions administratives : école féconde, qui, à toutes les époques a pu se féliciter des élèves qu'elle formait et qui ne sera pas moins utile à notre jeune République.

Ses rouages intérieurs seront organisés de manière à conserver l'unité dans la diversité, à recueillir tous les avantages de la division du travail, sans compromettre l'harmonie de l'ensemble.

Nous aurons ainsi fondé une de nos institutions les plus essentielles, et prouvé que nous voulons sérieusement et loyalement doter la France des bienfaits que la Constitution lui promet.

Digitized by Google

DE L'ENSEIGNEMENT ADMINISTRATIF

DANS LES FACULTÉS DE DROIT,

ET D'UNE ÉCOLE SPÉCIALE D'ADMINISTRATION.

Depuis longtemps, les vœux d'hommes éclairés appellent, en France, l'institution d'un vaste enseignement des sciences politiques et administratives. Les systèmes mis en pratique avec succès, dans plusieurs Universités d'Allemagne, ont été soigneusement étudiés parmi nous et clairement exposés [1]. Ils se résument en deux modes d'organisation : l'un suivi principalement dans les Universités de Berlin, de Leipzig, d'Heidelberg, qui rattache l'ensemble des cours de politique, de diplomatie, d'économie nationale, de science financière à la Faculté de philosophie ; l'autre, adopté dans la Bavière et le Wurtenberg, qui place au sein des Universités de Munich et de Tubingue une Faculté des *sciences politiques et administratives*. Dans les deux systèmes, un lien nécessaire s'établit entre l'enseignement politique et administratif des Facultés de philosophie ou d'administration, et l'enseignement juridique des Facultés de droit. Les études se complètent dans les Facultés respectives, et les examens définitifs auxquels sont soumis les élèves réfléchissent les objets des divers enseignements. L'esprit admirable des Universités allemandes est d'unir toutes les parties de la science

[1] Notamment par MM. Ed. Laboulaye, membre de l'Institut, dans la *Revue de législation* (1843), et Ch. Vergé, docteur en droit, dans un Rapport adressé, en 1846, à M. le ministre de l'instruction publique. M. Blondeau, professeur et ancien doyen de la Faculté de droit de Paris, a publié aussi, en 1846, un Mémoire instructif et complet sur l'organisation de l'enseignement du droit en Hollande.

Digitized by Google

humaine en laissant à chacune son libre développement. A Berlin, à Heidelberg, à Munich, à Tubingue, la forte constitution des Universités représente l'arbre encyclopédique de la science, un par son tronc vigoureux, et multiple par ses branches principales et leurs nombreuses ramifications.

En France, nous n'avons pas, en matière d'enseignement, la même tendance vers l'unité synthétique. Nous divisons volontiers, et notre esprit d'analyse se montre supérieur à notre puissance de synthèse. Dans les départements, par exemple, nos Facultés de droit ont paru destinées principalement à former des sujets pour le barreau, la magistrature, le notariat; et les élèves, renfermés dans l'étude spéciale du droit, ne cèdent que bien difficilement aux invitations pressantes qui leur sont adressées, de participer aux diverses ressources d'instruction que leur offrent les Facultés des sciences et des lettres. Nos jeunes gens ne voient, le plus souvent, que l'*utilité immédiate*, l'intérêt des examens à subir; ils ne portent pas leurs regards vers l'avenir éloigné qui pourrait profiter des trésors de la science acquise; et cette disposition étroite, exclusive, se traduit au dehors par des faits trop visibles, par cette couche uniforme de médiocrité qui s'étend de plus en plus.

L'enseignement des sciences politiques et administratives par sa nature, par le caractère même de notre époque, est propre à seconder le généreux désir de voir nos jeunes gens puiser avec plus d'abondance aux sources de l'instruction supérieure, pour se préparer aux devoirs publics, aux positions élevées que promet aux capacités futures l'état démocratique de la société française. Mais l'influence de cet enseignement sur l'avenir de la jeunesse et du pays dépendra de l'organisation qui sera définitivement adoptée; et il n'est pas inutile, au moment où des projets différents sont

Digitized by Google

livrés à l'examen de l'Assemblée nationale, de rappeler les phases diverses qu'a suivies parmi nous la conception d'un enseignement politique et administratif. La comparaison des idées conduira naturellement à leur appréciation.

La loi du 22 ventôse an XII (ou 13 mars 1804), qui a fondé les Écoles de droit, avait voulu établir dans ces Facultés un large enseignement de *Droit public français* et de *Droit civil*, dans ses rapports avec l'*administration publique* : ce sont les termes mêmes de l'art. 2 de la loi. Elle y joignait les éléments du *Droit naturel* et du *Droit des gens*, afin que la philosophie du droit et le droit international pussent éclairer en même temps de leur haute lumière l'enseignement du droit civil et du droit public. Mais, en établissant un enseignement politique et administratif, la loi de 1804 ne voulait pas le subordonner à l'enseignement du droit privé et le destiner seulement aux jeunes citoyens qui avaient en vue la magistrature et le barreau. Elle le destinait spécialement à ceux qui se proposeraient de suivre la carrière administrative. Les déclarations faites par Fourcroy, dans l'*Exposé des motifs*, en sont le témoignage irrécusable : « Les lois d'administration publique (dit l'*exposé*) « ne pouvaient autrefois être apprises nulle part; elles « étaient en quelque sorte enfouies ou concentrées dans les « bureaux... Ce n'était qu'en *administrant immédiatement* « qu'on pouvait se former à leur connaissance et à leur ap- « plication. Cette lacune disparaîtra dans les nouveaux éta- « blissements (les Écoles de droit). Les jeunes gens appren- « dront ainsi à lier les connaissances générales du droit avec « la *législation administrative*; et ceux qui se destinent à « *cette dernière carrière* n'y entreront plus sans les *lumières* « *qui doivent y diriger sûrement leurs pas* [1]. »

[1] *Recueil des motifs du Code*, t. VII, p. 328.

Digitized by Google

L'intention du législateur était donc bien précise, c'était de placer dans les Écoles de droit un enseignement de droit public et administratif, propre à préparer les jeunes citoyens aux fonctions de l'administration publique. Cette grande pensée n'a pas été réalisée sous l'Empire.

Mais en 1819, à une époque où le pouvoir et la liberté faisaient alliance, un esprit supérieur ouvrit la voie à l'enseignement indiqué par la loi de 1804; et Royer-Collard, qui possédait à un si haut degré la philosophie du droit politique, institua dans la Faculté de droit de Paris une chaire de *Droit public et administratif français.* Il l'avait confiée à un conseiller d'État versé dans la pratique des affaires et connu aussi par ses travaux philosophiques. M. de Gérando dessina largement le plan de son cours qui, partant des vérités fondamentales du droit, de l'organisation sociale et de l'administration, s'étendait à toutes les règles administratives, distribuées sous cette grande et simple classification : *tutelle* des établissements publics; *gestion* du patrimoine public; *surveillance* de l'ordre public. L'esprit philosophique du professeur avait trouvé les rapports déliés des détails et de l'application avec les points fondamentaux de sa division théorique. Le droit public et administratif français apparaissait, dès lors, dans l'enseignement comme une importante branche de la science sociale, comme une théorie féconde par son alliance avec la pratique. Plus tard, dans la Faculté de Paris, on divisa l'enseignement en deux chaires de droit constitutionnel et de droit administratif, et l'on établit une chaire de droit des gens, de manière à créer un ensemble de cours sur le DROIT PUBLIC, selon la division scientifique en droit *constitutionnel*, droit *administratif*, droit *international*. Si les effets n'ont pas complétement répondu aux prévision , si ces chaires nouvelles n'ont pas produit de plus grands

Digitized by Google

résultats pour la propagation de la science politique et administrative, on doit l'attribuer surtout à leur défaut de coordination avec les autres cours, avec les examens de la Faculté, et à leur répartition défectueuse entre les trois et quatre années d'enseignement juridique. Le droit constitutionnel, par exemple, a été réservé, comme le droit international, pour la quatrième année, c'est-à-dire pour les aspirants au doctorat, tandis qu'il doit être la base de l'enseignement politique et administratif et s'adresser aux élèves de première année. Le cours de droit administratif, qu'il n'est pas possible de renfermer en une seule année, a été destiné aux élèves de la troisième année seulement. Cette vicieuse répartition a comprimé les effets de l'enseignement spécial; mais c'est une cause accidentelle et qu'il serait facile de faire disparaître, en destinant :

A la première année le cours de droit constitutionnel, y compris l'histoire des institutions politiques de la France, par un seul professeur;

A la deuxième et à la troisième année des cours d'administration publique et de droit administratif proprement dit, par deux professeurs;

A la quatrième année, le cours de droit des gens, comprenant l'histoire des Traités, la législation des Consulats, le Droit public maritime, confié à un seul professeur.

Par cette simple addition d'une seconde chaire de droit administratif, et par cette répartition égale des cours de droit public, administratif, international, entre les trois et quatre années de la licence et du doctorat, on posséderait dans la Faculté de Paris un riche enseignement des sciences politiques et administratives, qui pourrait certainement soutenir la comparaison avec les Facultés d'administration des Universités allemandes.

Digitized by Google

Les Facultés de droit des départements n'ont pas été aussi bien dotées que la Faculté de Paris dans la création des chaires nouvelles. Toutefois, en 1832, 1836, 1838, les ministres de l'instruction publique purent s'associer à la pensée première de Royer-Collard, et établir dans chacune des Facultés une chaire de *droit administratif*. Les nouveaux professeurs unirent le droit public au droit administratif; et c'est un fait notoire dans l'Université, que ces cours ont produit généralement, par les efforts éclairés des professeurs et la sagesse de leur initiative, une très-heureuse influence sur l'esprit des jeunes gens appelés à s'instruire des grands principes de gouvernement et d'administration. Mais les professeurs des huit Facultés de départements ont senti qu'enfermés dans le cercle étroit d'une année pour l'enseignement administratif, ils ne pourraient suffire à toute l'étendue de leur tâche. Aussi, plusieurs d'entre eux ont-ils cru devoir publier, sous une forme plus ou moins développée, l'ensemble des matières relatives à leur cours ou quelques monographies détachées de l'ensemble, et continuer par l'enseignement écrit l'exposition trop restreinte de l'enseignement oral. Dès lors, on peut le dire, et invoquer à ce sujet le témoignage de l'Académie des sciences morales et politiques, plusieurs ouvrages sur la science du droit administratif ont pris rang parmi les œuvres des publicistes[1]. Ce n'est donc pas sans étonnement qu'on lit dans un rapport fait au nom de la première Commission de l'Assemblée nationale sur l'École d'administration, le passage suivant : « Dans les Fa-

[1] Je prendrai plaisir à mentionner ici les travaux imprimés de mes anciens collègues des Facultés de départements : MM. Foucard, Trolley, Serrigny, Chauveau, Schutzemberger, Mallein et Gougeon. M. Cabantous, à Aix, n'a encore rien publié; mais j'ai assisté à ses leçons, et je peux rendre témoignage des heureux résultats de son enseignement.

Digitized by Google

« cultés de droit, on trouve des chaires de droit public et « administratif, mais nous croyons pouvoir affirmer que cet « enseignement n'aura *jamais* pour résultat ni de *vulgariser* « la science administrative et politique, ni de *préparer* des « administrateurs [1]. » Sur quoi peut reposer une telle affirmation, dans laquelle on embrasse le présent et l'avenir? Est-elle fondée sur les faits qui se sont produits depuis dix ans? Non. Les faits prouvent que dans la plupart des Facultés de départements nos étudiants de troisième année rédigent des thèses spéciales de droit administratif, qui attestent généralement que les principes sont bien compris et les institutions bien étudiées dans leur organisation et leur action. Il est vrai, comme le dit le rapport, que les Facultés de droit n'ont pas beaucoup contribué jusqu'à présent à *préparer des administrateurs;* mais cela tient à deux causes connues : la première, que les candidats à l'administration n'ont pas été obligés de produire la preuve qu'ils s'étaient livrés dans nos Facultés à des études spéciales de droit administratif, condition d'aptitude souvent et vainement réclamée; la seconde, que la durée des cours relatifs à l'administration est renfermée dans une limite beaucoup trop étroite. Il est, en effet, de toute impossibilité qu'un cours de droit administratif s'accomplisse dans une année, et tous ceux qui pratiquent l'enseignement savent que, pour des jeunes gens, les livres ne peuvent entièrement remplacer les avantages de l'enseignement oral. Il faudrait, au moins, deux ans de leçons données aux mêmes élèves et par conséquent deux professeurs dans chaque Faculté. C'est ce qui a été formellement demandé par toutes les Facultés de droit dans leurs délibérations imprimées en 1815, et soumises à la Commis-

[1] Rapport fait par M. Bourbeau (*Moniteur* du 21 décembre 1848, p. 3635)

Digitized by Google

sion des études de droit[1]. Il est donc juste de ne prendre l'affirmation exprimée au nom d'une Commission de l'Assemblée nationale que comme l'opinion ou la prévision personnelle des honorables membres qui la composaient, et non comme un jugement fondé sur les faits. La question reste entière pour le présent et l'avenir : nous y reviendrons.

Nous venons de marquer les premières phases de l'enseignement administratif en France. — Une seconde tentative en faveur de son développement fut faite en 1846. Les Facultés de droit furent appelées à donner leur avis sur ce sujet, et la Commission des études de droit, où figuraient les premiers magistrats de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, des membres de l'Institut, tous les doyens des Facultés de droit, et plusieurs professeurs, fut réunie sous la présidence active du chef de l'Université (M. de Salvandy). Deux institutions distinctes, mais qui devaient se soutenir mutuellement, furent reconnues comme bases du projet nouveau : 1° le développement de l'enseignement du droit public et administratif dans toutes les Facultés de droit; 2° une école spéciale des sciences politiques et administratives[2].

Par sa première résolution, conforme aux réclamations unanimes des Facultés, la Commission exprima formellement le vœu que, dans chaque Faculté de droit, il y eût à l'avenir deux chaires consacrées au droit administratif : les jeunes gens se destinant à l'administration auraient eu à subir un examen particulier, mentionné dans leur diplôme de licence[3].

[1] La Faculté de Poitiers, seule, n'a pas été aussi explicite à ce sujet que les autres Facultés de droit, tout en reconnaissant la nécessité d'un plus complet enseignement.

[2] Nous avons déjà rappelé ce vœu de la Commission, dans la *Revue de droit français et étranger*, 1848, p. 635.

[3] La Faculté de droit de Paris avait indiqué ce moyen dans ses délibérations.

Digitized by Google

Par sa seconde résolution, la Commission voulait créer une École spéciale, dans le sein de laquelle les sciences politiques et administratives recevraient tout leur développement, mais qui se relierait aux Facultés de droit par la condition d'admissibilité imposée aux concurrents, obligés de justifier du grade de licencié. Ce projet avait pour but de former une pépinière de sujets d'élite pour la haute administration, et de préparer même pour les assemblées législatives des hommes capables d'exercer une légitime influence sur les destinées de leur pays.

La Révolution de Février a éclaté avant que cette conception ait pu se produire dans les faits ou même dans un projet de loi; et un arrêté du Gouvernement provisoire, du 8 mars 1848, laissant à l'écart les travaux antérieurs sur la question d'enseignement administratif, porta cette déclaration : « Au nom du peuple français, une Ecole d'administration, destinée au recrutement des diverses branches « d'administration dépourvues jusqu'à présent d'écoles préparatoires, sera établie sur des bases analogues à celles « de l'Ecole polytechnique. »

C'est la troisième manifestation de l'idée d'un enseignement administratif. La création nouvelle s'entourait d'abord de toute la faveur attachée à une glorieuse analogie; mais elle se rattachait aussi, par l'organisation de son enseignement, à l'existence du Collége de France, et cette alliance forcée lui a été fatale. On l'a senti trop tard peut-être, et dans le projet soumis le 16 décembre à l'Assemblée nationale, amendé depuis par la Commission, on fit disparaître successivement et l'assimilation expresse à l'Ecole Polytechnique, qui entraînait de trop graves conséquences pour la position des élèves, et l'alliance de l'enseignement avec celui du Collége de France. — De ce projet, qui avait une

Digitized by Google

certaine grandeur, dès lors, que restait-il ?—Une conception incomplète et isolée, que le Gouvernement a cru devoir abandonner, mais qui s'est reproduite sous forme de proposition, par l'initiative parlementaire d'un membre de l'ancienne Commission.

En retirant le projet de loi, qui avait été présenté par M. Vaulabelle et amendé par la Commission, le Gouvernement a déclaré ses intentions et ses vues. Le ministre de l'instruction publique « reconnaît expressément, avec les « ministères précédents, la nécessité de garanties placées « à l'entrée de toute carrière administrative. Il y voit non« seulement le gage de la considération, mais la condition « essentielle de l'autorité. D'accord sur le but, il diffère « sur le moyen[1]. » — Le moyen qu'il propose est précisément celui réclamé à l'unanimité par les Facultés, en 1845, le développement de l'enseignement du droit public et administratif dans les Facultés de Paris et des départements. — Le nouveau projet de loi adopte ainsi la première partie du plan arrêté en 1846 par la Commission des études ; il y ajoute cette modification importante, qu'après la deuxième année et l'obtention du grade de bachelier en droit, on pourra se consacrer spécialement aux études d'administration et acquérir le grade de licencié en droit public et administratif, lequel sera nécessaire pour entrer dans la carrière administrative.

Deux projets aujourd'hui sont donc soumis à l'examen de l'Assemblée nationale. Ils sont présentés comme exclusifs l'un de l'autre. Il faut s'en rendre compte, et examiner si ce caractère exclusif ne pourrait pas se modifier dans l'intérêt de l'enseignement et de l'administration publique.

[1] *Moniteur* du 25 janvier, p. 256, deuxième colonne.

Digitized by Google

Pour bien apprécier l'Ecole spéciale d'administration, telle qu'elle était conçue par la première Commission de l'Assemblée nationale, il ne faut pas la voir seulement dans les quelques articles du projet de loi qui a été retiré et qui est reproduit par un honorable représentant : il faut l'étudier surtout dans le rapport qui contient toute la pensée du projet élaboré par cette Commission.

D'après le projet lui-même, l'Ecole d'administration a pour objet de *fournir des agents aux divers services publics* qui ne se recrutent pas au moyen d'écoles spéciales. L'enseignement est donné gratuitement, dans l'intérieur de l'Ecole, par des professeurs et des maîtres de conférences. Trente bourses, de 800 francs chacune, sont destinées à l'entretien de trente élèves appartenant à des familles sans fortune, pris spécialement parmi les élèves boursiers des lycées et des colléges. La direction de l'Ecole est confiée à un Conseil de perfectionnement. Les professeurs et maîtres de conférences sont nommés par le ministre, sur la présentation du Conseil de perfectionnement. Les élèves sont admis par voie de concours. Un jury d'examen procède au classement des élèves, après l'expiration du temps des études, en raison de leur mérite et de leur bonne conduite. Le surplus, y compris les matières de l'enseignement, le noviciat administratif, la désignation des services et le nombre des places, est abandonné *aux règlements d'administration publique*. Mais on assure à chaque élève sortant, pendant les deux années de noviciat, un traitement annuel de 1,200 fr.

Tel était le projet de loi amendé par la Commission; voyons comment celle-ci entendait l'institution nouvelle et marquait sa destination.

Le rapport fait, en son nom, par M. Bourbeau, considère le sujet sous deux principaux points de vue : 1° l'utilité

Digitized by Google

d'un enseignement spécial, destiné à former des agents pour les fonctions administratives ; 2° l'organisation de cet enseignement.

Nous allons suivre cette division et rechercher si l'organisation indiquée répondait au but que l'on se proposait.

I. Et d'abord, l'utilité de l'enseignement des sciences politiques et administratives ne saurait être révoquée en doute par personne. L'administration de la France est devenue un objet d'étude scientifique, parce qu'elle repose sur l'unité et sur un grand principe d'organisation qui place dans un rapport constant, au sein de nos institutions administratives, le *conseil*, l'*action*, le *contrôle* national, départemental ou municipal. Initier tous les citoyens, si cela était possible, à la connaissance des principes et des garanties de l'administration publique, serait une chose très-désirable et très-utile ; mais si l'enseignement universel n'est pas réalisable, il faut du moins élever et multiplier les sources d'instruction, afin qu'une nombreuse jeunesse puisse s'abreuver d'idées justes, de notions positives, de principes moraux. Il ne faut pas considérer seulement ceux qui se destinent à l'administration, c'est-à-dire dix à quinze mille personnes sur plusieurs millions de citoyens ; il faut voir ce grand nombre de jeunes hommes fréquentant nos écoles, et qui plus tard, occupant toutes les situations importantes dans leurs départements, leurs cantons, leurs communes, concourront puissamment à cette action générale de la société qui résulte de l'accord de toutes les forces intellectuelles et morales de la France. Le rapport de la première Commission reconnaît expressément la nécessité de *vulgariser* la science administrative, et il dit que l'École d'administration a *principalement ce but*. Mais l'institution, telle qu'elle était conçue, pouvait-elle vraiment atteindre ce but

Digitized by Google

de propagation scientifique? — Quoi! vous reconnaissez, dans ce rapport, que dix mille places, d'un traitement de 2,000 fr. et au-dessus, sont disponibles dans les diverses administrations; que le *tiers* seulement doit en être affecté aux élèves sortant de l'Ecole, et, qu'en fixant la durée moyenne des services à trente ans, ce tiers ne représentera pour eux annuellement que cent ou cent vingt emplois, tandis que les *deux autres tiers* seront réservés à ceux qui seront étrangers à l'Ecole d'administration : et quand vous avez ainsi convié, chaque année, cent jeunes gens aux leçons de cinq professeurs dont les cours seront distribués en trois ans, quand vous avez ainsi renfermé dans l'étroite enceinte d'une école spéciale un enseignement triennal départi à trois cents jeunes gens seulement, vous dites que cette Ecole d'administration *a pour but principal de vulgariser la science administrative*[1] ! Il est bien évident, au contraire, qu'au lieu de répandre la science, vous la concentrez, vous en resserrez l'action, vous la réservez au petit nombre, vous allez directement contre le but annoncé. Vous faites très-peu pour ceux qui se destinent à la carrière administrative, puisque vous n'avez en vue que le *tiers* d'entre eux, et vous ne faites rien pour la masse des jeunes gens qui fréquentent nos Ecoles.

Or, il ne suffit pas de proclamer en principe l'utilité de l'enseignement administratif, il faut rendre ce principe efficace et réel : c'est la question d'organisation.

II. La première Commission de l'Assemblée nationale a porté toute son attention sur l'organisation de l'Ecole spéciale, et c'est avec intention qu'elle a écarté la question des Facultés de droit. Elle n'a pas voulu développer l'enseigne-

[1] *Moniteur* du 21 décembre, p. 3636, troisième colonne.

Digitized by Google

ment administratif dans ces Facultés, elle n'a pas voulu les associer à la destination de l'Ecole d'administration : quels étaient ses motifs?

« La science administrative existe, dit le rapport, elle a ses livres et ses chaires; mais ces chaires sont *disséminées.* — Les diverses parties de l'enseignement sont constituées *séparément,* sans coordination, sans lien; cet enseignement n'a pas un *but déterminé*; il ne forme pas un système;... il offre une *alliance presque stérile* avec un enseignement d'un ordre entièrement différent. Il constitue un enseignement *accessoire* dans lequel le droit administratif *perd sa nature propre et spéciale pour se subordonner* à l'enseignement principal du droit civil; — au lieu de se montrer dans son ensemble et de *se rattacher aux intérêts généraux* du pays, la science administrative enseignée dans nos Facultés de droit consiste presque exclusivement dans l'*exposition des textes* et dans leur application juridique.— A raison du *caractère* qu'il affecte, cet enseignement est *presque stérile pour l'administration.* »

Tel est en substance, et selon les expressions empruntées au rapport de l'ancienne Commission, le jugement exprimé sur l'enseignement administratif des Facultés de droit. Il est bien sévère; mais peut-être la Commission va-t-elle nous donner elle-même le moyen d'apprécier la véritable portée des reproches adressés au caractère de cet enseignement.

Elle a recherché, avec beaucoup de soin, quelle est la condition fondamentale de l'enseignement destiné à former des administrateurs, et elle s'est posé cette importante question : « N'y a-t-il pas un *fonds commun d'études administratives* « pour tous ceux qui se vouent à la carrière des fonctions « civiles? » — A quoi le rapport répond : « Pour le service

Digitized by Google

« de l'ordre administratif il y a une science commune, « *celle du droit public et administratif;* les autres viennent « se grouper, en s'y rattachant, autour de l'enseignement « principal[1]. »

J'en demande bien pardon à l'ex-Commission; mais il me paraît difficile de concilier les idées exprimées dans son rapport. Comment? le *droit public et administratif* est *l'enseignement principal* qui doit être offert aux futurs administrateurs; il forme la *science commune* à tous ceux qui se vouent à la carrière des fonctions civiles; — et les cours de *droit public et administratif* des neuf Facultés de Paris et des départements seront inutiles à cette classe de jeunes citoyens! Ils n'auront jamais pour résultat, selon les expressions du rapport, soit de *vulgariser* la science administrative ou politique, soit de *préparer des administrateurs!*

Mais alors il faudrait supposer que les Cours de droit public et administratif auraient bien dévié du but que leur avait assigné primitivement la loi créatrice des Écoles de Droit. Lorsque, en effet, la loi de 1804 instituait les cours de droit public et d'administration, elle ne voulait pas leur imprimer ce caractère accessoire et tout subordonné que leur inflige le rapport de la Commission de 1848. Elle ne voulait pas faire de la science politique et administrative la *servante* du droit civil, comme on le disait autrefois de la philosophie par rapport à la théologie. La loi de 1804 se proposait, au contraire, un but très-élevé. Nous avons déjà cité l'exposé des motifs présenté par le conseiller d'Etat Fourcroy, qui annonçait le vœu de la loi de faire disparaître de l'enseignement une ancienne lacune, et de fournir aux jeunes gens, dans les écoles nouvelles, le moyen

[1] *Moniteur* du 21 décembre, p. 3635.

Digitized by Google

d'apprendre « à lier les connaissances générales du droit « avec la *législation administrative*, afin que ceux qui *se « destineraient* à cette dernière carrière n'y entrassent point « *sans les lumières* qui doivent y *diriger sûrement leurs pas.* » — Mais l'esprit de la loi s'est développé plus explicitement encore dans la discussion du Tribunat : « S'il est évident « (a dit le tribun Sedillez) que dans ces nouvelles écoles le « gouvernement veut former des magistrats et des jurisconsultes, il ne l'est pas moins qu'il a voulu former aussi « des *administrateurs*, des *hommes d'Etat*, des *législateurs*, « fonctions importantes auxquelles on est trop souvent parvenu avant de les avoir apprises, et qui cependant tiennent « aussi à des principes certains... Enseigner dans les écoles « de droit les principes d'une *bonne administration*, c'est enseigner une chose utile à tous les citoyens et indispensable « à tout homme qui remplit des fonctions publiques ; c'est « peut-être la partie ou le développement le plus essentiel « du droit public français. » — L'orateur chargé de présenter le vœu du Tribunat au Corps législatif annonçait aussi que *le droit public* serait dans les écoles de droit un des *objets principaux de l'instruction* [1].

La pensée de la loi qui a fondé nos écoles est donc bien certaine, l'objet de l'institution des cours de droit public et d'administration est bien clairement marqué. Ce but a-t-il été méconnu par les cours de droit administratif établis dans toutes les Facultés? Le rapport que nous avons cité le ferait entendre : s'il était vrai que l'enseignement administratif se fût éloigné ainsi de son véritable but, il faudrait se hâter de l'y ramener. Mais, sur ce point, le rapport est erroné. Pour s'en convaincre, il suffirait de parcourir les li-

[1] *Exposé des motifs*, t. VII, p. 328, 366, 395.

Digitized by Google

vres et les cours imprimés de nos professeurs ou d'assister à leurs leçons. Les programmes d'enseignement et les livres prouvent que les professeurs ont embrassé le droit public et administratif dans sa vaste étendue, qu'ils l'ont considéré comme un droit *sui generis*, tout à fait distinct du droit privé, et se rattachant par sa nature, quoi qu'en dise le rapport, *aux intérêts généraux* du pays. Leurs leçons orales prouvent également que, bien loin de consister, à *exposer des textes* et *à les appliquer à des cas particuliers*, elles contiennent une doctrine, appuyée sur des lois sans doute, mais fondée aussi sur les grands principes de l'ordre rationnel et social. Nos professeurs de droit administratif savent très-bien qu'ils plieraient sous le poids des textes souvent confus de la législation administrative, et ils aiment mieux employer la théorie que se livrer à l'exégèse. La méthode dogmatique est une heureuse nécessité de leur enseignement, qui ne perd pas de vue, du reste, l'utilité de l'application. Ils alimentent leurs leçons de toutes les idées qu'ils peuvent emprunter à la philosophie du droit, à l'économie politique, à la statistique, et ils éclairent toujours les institutions modernes par l'histoire des anciennes institutions. Pour atteindre le but indiqué par le législateur de 1804, que manque-t-il aux professeurs de droit administratif de Paris et des départements? — Le temps d'abord, et puis la condition d'examens spéciaux pour les candidats à l'administration. — Que l'on donne à l'enseignement administratif deux années au lieu d'une; que l'on exige des candidats à l'administration plusieurs examens sur les matières spéciales de l'enseignement des deux années, et l'on peut être assuré que la science administrative, ainsi propagée par des chaires heureusement *disséminées* dans les grands centres universitaires, se répandra dans un vaste rayon, et

Digitized by Google

constituera, pour le noviciat des fonctions administratives, une préparation éclairée et féconde.

III. C'est le but que paraît se proposer le nouveau projet de loi, présenté, le 22 janvier, par le Gouvernement : le cours des idées nous conduit naturellement à son examen.

Ce projet, dans son idée fondamentale, le développement de l'enseignement du droit public et administratif au sein des Facultés, a pris pour base les vœux exprimés par elles en 1845, et la première partie du plan adopté, en 1846, par la Commission des études de droit. Il a donc, d'avance, pour son principe, l'assentiment des Facultés, et il répond à un besoin vivement senti dans nos provinces, la décentralisation de l'enseignement supérieur.

Comme moyen d'organisation, il prend pour point de départ l'enseignement du droit civil pendant deux années ou le baccalauréat ; et, après deux ans d'études spéciales du droit public et administratif, les bacheliers en droit pourront obtenir le grade de licenciés en droit public et administratif. — Des règlements ultérieurs détermineront les fonctions pour lesquelles le grade de licencié en droit public et administratif sera exigé. — Par mesure de transition et d'équité, les élèves actuels de l'École d'administration seront admis à se faire inscrire pour les cours de droit public et administratif sans avoir à justifier du diplôme de bachelier en droit.

Telle est l'économie du projet ; sa pensée est de propager, à Paris et dans les Facultés des départements, l'enseignement administratif ; d'imposer des conditions d'aptitude à l'entrée de la carrière administrative, et de créer ainsi un titre de capacité indispensable pour divers ordres de fonctions, mais sans attribuer d'avance un droit individuel et irrévo-

Digitized by Google

cable aux gradués, et sans attacher un traitement au noviciat qui pourra suivre l'obtention du grade de licencié en droit administratif.

Il y a dans ce projet du 22 janvier deux choses bien distinctes : 1° la *proposition fondamentale*, savoir, l'alliance de l'enseignement administratif dans les Facultés avec l'enseignement du droit civil : c'est celle sur laquelle les Facultés et la Commission des études de droit ont exprimé leurs vœux unanimes; 2° le *mode d'organisation*, ou la répartition et la durée des cours dans les Facultés : sur ce second point les vues peuvent différer, des modifications peuvent être apportées au plan; c'est la partie accessoire et secondaire du projet. Imposer aux jeunes gens la nécessité de faire *deux années* de droit civil pour l'obtention du grade de bachelier, et d'y ajouter *deux autres années* pour le droit public et administratif, c'est peut-être étendre la durée des études et les sacrifices des familles au delà des limites indispensables. On pourrait, en développant l'enseignement administratif dans les Facultés, le répartir entre les trois et quatre années de licence et de doctorat de manière à en faire profiter tous les élèves des Facultés de droit. Les jeunes gens de nos écoles, qui n'ont pas toujours une vocation bien déterminée, réuniraient après les épreuves spéciales, dans leur diplôme de licence et de doctorat, les qualités de licenciés ou de docteurs en *droit civil et administratif*, ce qui ouvrirait plusieurs carrières devant eux; et, de plus, ceux qui ne voudraient pas, dans l'étude du droit civil, aller au delà du baccalauréat, pourraient consacrer leur troisième année au droit public et administratif, et obtenir, après les épreuves nécessaires, le grade de licenciés en *droit administratif*, qui leur ouvrirait spécialement la carrière de l'administration. On éviterait par là l'inconvénient d'étendre nécessairement à quatre années la

Digitized by Google

durée des études de droit civil et administratif, et on obtiendrait l'avantage de répandre, sur tous les jeunes gens qui fréquentent les Écoles de droit, la lumière de l'enseignement spécial. Cette distribution de cours n'aurait pas besoin d'être écrite dans la loi : un règlement y pourvoirait, en veillant à l'uniformité de l'enseignement.

Le tableau suivant, applicable à la Faculté de droit de Paris, d'après les chaires existantes et la seconde chaire de droit administratif demandée par le projet de loi, s'appliquerait aux Facultés des départements, tant par la création de cette seconde chaire de droit administratif dans chaque Faculté, que par la bonne distribution des *cours complémentaires* auxquels s'est associé, dans ces dernières années, et s'associerait encore avec ardeur le zèle des professeurs et des suppléants titulaires ou provisoires.

Tableau des Cours dans les Facultés de droit de Paris et des départements, pour unir l'enseignement du Droit public et administratif à l'enseignement du Droit civil, criminel et commercial.

§ 1er. — Pour le Baccalauréat en droit, et la Licence en droit civil et administratif.

PREMIÈRE ANNÉE.

1. Cours d'introduction à l'étude générale du droit.

A Paris, il existe une chaire d'introduction; — dans les Facultés de départements, le cours est fait, mais non uniformément, comme *cours complémentaire*, par des suppléants.

2. Droit romain, *Institutes*.

3. Code civil (première année).

4. Droit constitutionnel (y compris *l'histoire des institutions politiques de la France*).

Digitized by Google

A Paris, il existe une chaire de *droit constitutionnel;* nous y ajoutons, comme élément nécessaire, l'*histoire des institutions politiques de la France.* — Dans les Facultés de départements, le droit public a été compris, par quelques professeurs, dans l'enseignement du *droit admnistratif;* mais il y aurait nécessité de séparer le cours et de le confier à un suppléant.

DEUXIÈME ANNÉE.

1. Code civil (deuxième année).
2. Procédure civile et législation criminelle.
3. Droit administratif (première année), comprenant l'administration générale, départementale et municipale).

A Paris, il y a, dans une section de la Faculté, une chaire de *droit pénal* (M. Ortolan, professeur), et dans l'autre section, le même professeur (M. Bonnier) réunit la procédure civile et criminelle et la législation criminelle. Dans les Facultés de départements, le cours de *droit criminel* est séparé le plus souvent de la procédure civile, et fait par un suppléant comme cours complémentaire. — A Toulouse, il y a une chaire de droit criminel.

TROISIÈME ANNÉE.

1. Code civil.
2. Droit commercial.
3. Droit administratif (deuxième année), comprenant l'administration financière et les impôts, les matières domaniales et d'enregistrement, le contentieux administratif.

A Paris et dans les Facultés des départements, c'est une seconde chaire de droit administratif à établir (demandée par le projet de loi du 22 janvier 1849).

§ II. — Pour le Doctorat en droit civil et administratif.

QUATRIÈME ANNÉE.

1. Cours de Pandectes (*et histoire du droit romain*).

A Paris, il y a une chaire de *Pandectes* qui est affectée à la deuxième et à la quatrième année. — Ce cours, par son objet, s'adresse plus particulièrement aux aspirants au doctorat. L'*Histoire interne* du droit romain

Digitized by Google

en est la dépendance naturelle, et elle pourrait être facilement détachée du cours d'*histoire du droit romain* et *d'histoire* du *droit français*, cette deuxième branche étant bien suffisante pour la chaire d'histoire du droit. Dans les Facultés des départements, le cours de *Pandectes* est fait, depuis deux ans, comme cours complémentaire par des professeurs ou suppléants qui l'ajoutent à leurs travaux ordinaires.

2. Histoire du Droit français (et *Droit coutumier dans ses rapports avec le Code civil*).

A Paris, la chaire d'*histoire du droit romain et du droit français* est vacante depuis plusieurs années (1843). Il serait très-utile de la transformer ou modifier, en réunissant, comme on l'a dit, l'histoire du droit romain à la chaire de Pandectes, et en ajoutant à l'histoire du droit français la théorie du *droit coutumier* dans ses rapports avec le Code civil. Dans les Facultés des départements, il n'y a pas de chaire d'histoire du droit. Quelques cours complémentaires ont tâché d'y suppléer; mais il n'y a pas d'uniformité dans l'enseignement historique, qu'il est nécessaire de fonder plus solidement.

3. Droit international ou Droit des Gens (histoire des traités, législation des consulats, Droit public maritime).

A Paris, il y a une chaire de *droit des gens*. Dans les Facultés des départements, sauf à Strasbourg qui possède une chaire de droit des gens, cet enseignement manque absolument. C'est un cours complémentaire à établir, sans création de chaire, pour le temps présent.

4. Cours d'administration comparée (comparaison des grands systèmes d'administration des principaux États de l'Europe et de l'Amérique).

Ce cours n'existe ni à Paris, ni dans les Facultés des départements. Il serait l'objet d'un cours complémentaire, fait par un suppléant ou une personne à ce autorisée.

Observation relative à un nouveau grade de Licence en droit administratif.

Les élèves qui se destineraient à l'administration, et qui ne voudraient pas prendre la qualité de LICENCIÉS ou de DOCTEURS EN DROIT CIVIL ET ADMINISTRATIF, pourraient être admis, après la deuxième année de droit et l'obtention du

Digitized by Google

grade de bachelier, à faire un cours spécial de droit public et administratif, qui durerait une année et qui pourrait embrasser le second cours de *droit administratif*, le *droit commercial*, et les cours de *droit international et d'administration comparée*, qui sont compris, dans le tableau ci-dessus, dans les matières de l'enseignement pour la troisième et la quatrième année.

Ces élèves, aspirants à l'administration, subiraient un examen et une thèse de droit public et administratif à la fin de cette troisième année de leurs études; par ce moyen, ils pourraient acquérir le grade de licenciés *en droit administratif*, qui leur donnerait la même aptitude que le grade de licenciés ou de docteurs en *droit civil et administratif* pour entrer dans l'administration publique. Il y aurait cette différence entre eux et les autres licenciés ou docteurs, que ces derniers auraient devant eux le choix du barreau, de la magistrature ou des fonctions administratives, tandis que les licenciés en *droit administratif* auraient seulement l'aptitude exigée pour la carrière de l'administration [1]. Il y au-

[1] Ce plan diffère de celui indiqué dans le projet de loi du 22 janvier 1849, surtout en ce que le projet suppose quatre années d'études pour arriver seulement au grade de licencié en droit public et administratif. Dans notre système, les articles 2, 3, 4 du projet devraient être remplacés par les articles suivants :

2. Nul ne pourra être reçu au grade de licencié et de docteur en droit, s'il n'a subi les épreuves relatives aux cours de droit public et administratif. Les licenciés et les docteurs en droit recevront, à l'avenir, le diplôme de licence et de doctorat en *droit civil et administratif*.

3. Après la seconde année d'études et l'obtention du grade de bachelier en droit, les étudiants pourront s'inscrire spécialement pour les cours de droit public et administratif.

4. Après un an d'études spéciales, et après l'épreuve d'un examen et d'une thèse sur les matières du droit public et administratif, les bacheliers en droit recevront le grade et le diplôme de licenciés en *droit administratif*.

(Le surplus comme au projet.)

Digitized by Google

rait ce grand avantage, dans tous les cas, que les études juridiques et les études administratives s'appuieraient les unes sur les autres ; que l'unité du *doctorat* en droit ne serait pas scindée ; que la licence ne le serait qu'au point d'intersection de la troisième année, où les licenciés ordinaires sont obligés de se préparer à un long examen de *droit romain*, qui n'offre pas d'utilité au point de vue administratif ; et, en dernier résultat, la propagation de la science administrative se ferait au profit de la société entière, à raison du grand nombre de ceux qui seraient appelés à recueillir les fruits de son enseignement.

C'est donc avec confiance, et en nous fondant sur les données de l'expérience, sur les vœux des Facultés, que nous présenterions ce plan d'études comme propre à fournir une large et solide base à l'enseignement du droit public et administratif dans les Facultés de droit.

IV. Mais ce système d'enseignement est-il nécessairement exclusif d'une École d'administration ? Nous ne le pensons pas. Il contient le *fonds commun* de l'instruction nécessaire à des administrateurs, mais il ne contient pas tous les développements que la science administrative peut et doit recevoir au point de vue le plus élevé ; et aujourd'hui, comme en 1846, nous souhaitons que l'enseignement administratif des Facultés ait pour couronnement ou complément une École spéciale des sciences politiques et administratives. C'était, comme on le sait, le vœu formel de la Commission des études de droit, dont j'avais l'honneur d'être membre, et peut-être ce vœu offre-t-il aujourd'hui le moyen de concilier les deux systèmes, qui sont en présence devant les Commissions de l'Assemblée nationale.

Digitized by Google

Le projet d'Ecole spéciale de 1846 se rapprochait, pour le mode d'organisation emprunté à l'Ecole Polytechnique, du projet soumis à l'Assemblée nationale et reproduit actuellement par un de ses membres (l'honorable M. Bourbeau); mais il en différait sur quatre points essentiels : la condition d'admissibilité; — la durée des études; — la destination des élèves; — leurs droits aux fonctions administratives.

Il faut apprécier cette divergence de vues.

La Commission de 1846 exigeait des concurrents, pour être admissibles à l'Ecole spéciale, la qualité de licenciés en droit;—le projet de 1848 exclut toute condition de cette nature, il n'exige des concurrents aucun grade, aucune étude juridique. Il y supplée en instituant, dans l'intérieur de l'Ecole, un cours de *droit privé* qui devra durer *trois ans*. C'est une différence radicale entre les deux systèmes. Nous avons établi combien le développement de l'enseignement dans les Facultés apporte avec lui d'avantages pour la diffusion des lumières et la propagation de la science : nous avons dès lors justifié d'avance le système de la Commission des études de droit. — Pour le projet de 1848, l'ancienne Commission de l'Assemblée nationale invoquait, dans son rapport, l'autorité d'un professeur de Tubingue, M. Molh, qui faisait une distinction entre l'enseignement du droit privé destiné à de futurs avocats ou magistrats et celui destiné à de futurs administrateurs. A l'opinion de ce professeur très-distingué nous pourrions opposer celle de Savigny, qui ne reconnaît pas la réalité de cette distinction[1]. Mais nous ne voulons pas récuser l'autorité très-grave de M. Molh, et quand nous nous reportons par la pensée vers

[1] Rapport de M. Ch. Vergé à M. le ministre de l'instruction publique, p. 75 (1846).

Digitized by Google

les Universités d'Allemagne, nous sommes tenté de partager son avis. En Allemagne, le droit civil est encore chargé de diversités originelles qui demandent qu'on étudie comme droit existant : le droit féodal, le droit canonique, le droit germanique, le droit commun allemand ou droit romain modifié, les législations particulières de certains Etats. Or, en présence d'un droit civil aussi compliqué, il paraît vraiment difficile d'exiger des candidats à l'adminstration qu'ils aient fait un cours complet de droit privé. Cependant les choses se pratiquent de cette sorte en Allemagne, et les inconvénients, tempérés par l'organisation particulière des examens, n'ont pas été jugés assez graves, dans les Universités, pour faire adopter l'avis de M. Molh, et amener un changement de méthode ou d'organisation. En France, nous n'avons pas les mêmes obstacles à vaincre : la condition du droit civil est bien différente ; elle est aussi simple pour nous qu'elle est complexe chez nos voisins d'outre-Rhin ; l'enseignement du droit français, dans les Facultés, est dégagé de ces diversités primitives encore toutes vivantes en Allemagne. La diversité des origines, pour nous, est dans le domaine de l'histoire ; elle n'est plus dans le domaine du droit théorique et pratique.

Les principes et les textes du droit français, exposés dans toute leur clarté par nos professeurs, sont accompagnés d'explications plus ou moins substantielles, et de questions de jurisprudence, mais avec une méthode affranchie du cortége d'érudition obligatoire pour les professeurs allemands. On a donc peine à comprendre comment un cours *de droit privé* pourrait s'accomplir *en trois ans* dans le sein de l'Ecole d'administration, sans être en rapport avec le mode d'enseignement adopté dans nos Facultés de droit. Si le cours de droit privé, dans l'Ecole spéciale, se borne à des aperçus

Digitized by Google

rapides, à des généralités philosophiques, à des théories isolées de la jurisprudence pratique, il sera sans fruit pour les élèves ; s'il porte, au contraire, sur les textes, les principes et les questions, comme cela est indispensable, il rentrera dans la méthode ordinaire de notre enseignement juridique. — On ne voit donc pas pourquoi l'on se priverait de l'avantage certain qu'offre, dans nos Facultés, l'enseignement du droit civil, associé désormais à l'enseignement du droit public et administratif. Nous comprenons très-bien qu'il y ait dans le programme de l'École d'administration un cours *annuel* de droit privé dans ses rapports avec l'administration publique, par exemple, un cours qui embrasse la matière de la propriété, des contrats et des hypothèques, dans leurs rapports avec l'administration des mines, des domaines et de l'enregistrement [1] ; mais ce serait là l'objet d'une étude particulière qui ne dispenserait pas d'études préparatoires sur le droit civil, et qui les supposerait déjà chez les élèves de l'École spéciale, où l'on doit approfondir et appliquer. — En dernière analyse, le projet de 1846 s'appuie sur l'enseignement fondamental des Facultés de droit, pour l'admissibilité des élèves à l'École d'administration. Le projet de 1848 exclut, au contraire, toute alliance de cette nature, pour faire donner aux jeunes gens, *après* leur entrée, l'instruction qu'ils devraient avoir *avant* leur admission. Cette première différence nous paraît donc laisser tout l'avantage au système de la Commission de 1846.

La seconde différence porte sur la *durée* des études : le

[1] Des cours analogues figurent dans tous les programmes, notamment dans celui de M. Ed. Laboulaye (*Revue de législation*, t. XVIII, p. 579). — La loi du 13 mars 1804 voulait aussi l'enseignement du droit civil dans ses rapports avec l'administration publique, et cette disposition n'a pas encore reçu son exécution en France.

Digitized by Google

projet de 1846, s'appuyant sur l'enseignement préalable des Facultés, donne *deux ans* aux études complémentaires pour les sciences politiques et administratives. Il fait de l'École spéciale une école d'application, selon la loi de tout grand enseignement, qui veut successivement la théorie et l'application, selon la loi même qui a présidé à la création de l'École Polytechnique et des Écoles qui en dérivent, comme celles des ponts et chaussées, des mines, des ingénieurs géographes, etc. — Le projet de 1848 assigne *trois ans* aux cours de l'École d'administration; il réunit dans un seul système d'enseignement celui d'une école polytechnique, qui embrasse plusieurs sciences, et celui d'une école spéciale qui les applique. Il confond ainsi deux modes d'instruction qui, au lieu de se soutenir l'un par l'autre, se nuiront réciproquement. — Par l'enseignement combiné des Facultés de droit et d'une École spéciale d'application, on aurait toutes les conditions d'une instruction et d'une préparation suffisante aux grands services administratifs, et cette combinaison, supposant trois années d'étude dans les Écoles de droit, n'exigerait que deux années dans l'École spéciale. — La Commission des hautes études, en 1846, n'avait pas arrêté définitivement la nomenclature des cours constitutifs de l'enseignement spécial; mais, de l'ensemble des cours qui étaient proposés ou qui figurent dans les programmes des Universités de l'Allemagne et de plusieurs publicistes français, on peut composer le tableau suivant :

PREMIÈRE ANNÉE.

1. Histoire et géographie politique de l'Europe; histoire des institutions administratives de la France.

2. Économie politique et statistique comparée de la France et des autres États. — Législation industrielle.

Digitized by Google

3. Science financière; comptabilité budgétaire; institutions de crédit public et commercial.

DEUXIÈME ANNÉE.

1. Technologie, chimie agricole, économie et législation rurale.

2. Hiérarchie administrative et partie technique de l'administration générale.

3. Droit public ecclésiastique; droit civil et criminel dans ses rapports avec l'administration.

4. Diplomatie de la France et des autres États.

La troisième différence est dans la destination des élèves et le caractère des fonctions proposées en expectative aux candidats sortant de l'Ecole spéciale.

Le projet de 1846, par le développement de l'enseignement administratif dans les Facultés de droit, ouvrait à tous les licenciés la carrière administrative. Mais il voulait ensuite que l'Ecole spéciale préparât des hommes capables de rendre à l'administration, dans les sphères supérieures, et au pays, dans les Conseils de la nation, des services distingués par la force et l'étendue des connaissances spéciales ajoutées à la connaissance du droit. La Commission de 1846 avait principalement en vue, par la création de l'École d'application, la haute administration, à l'intérieur, et la représentation, à l'extérieur, des intérêts politiques et commerciaux de la France. Dans ce système d'organisation il y avait deux points de départ en faveur des aspirants aux fonctions administratives : les Ecoles de droit, pour l'administration ordinaire et départementale; l'Ecole spéciale pour le recrutement, par voie de concours, du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, des Divisions dans

Digitized by Google

les bureaux ministériels, des Consulats et des Légations. Mais ce projet laisserait à la capacité de chacun, sur les différents degrés de la hiérarchie, le droit de se développer et de tendre vers toutes les positions : il ne créerait de monopole au profit d'aucune Ecole ; et ceux des élèves sortant de l'Ecole spéciale, qui n'auraient pas obtenu les places mises au concours, rentreraient dans la classe ordinaire des candidats à l'administration.

La première Commission de l'Assemblée nationale ne voulait point, non plus, constituer le monopole des places en faveur des élèves de l'Ecole d'administration, puisqu'elle ne leur assignait que le *tiers* des places vacantes ; mais elle n'ouvrait aucune ressource d'enseignement administratif pour les *deux autres tiers* des futurs fonctionnaires, et dans l'énumération des services destinés aux candidats sortant de l'Ecole spéciale, elle présentait de nombreux emplois, qui ne devaient pas beaucoup sourire à l'ambition des élèves : elle leur destinait, par exemple, le tiers de 3,926 places dans les *contributions indirectes*, de 559 places dans le *service colonial*, de 449 places dans *les douanes*, etc. [1] : est-ce vraiment pour occuper des rangs inférieurs dans les douanes, le service colonial et les contributions indirectes que l'on a besoin de faire des études particulières dans une école d'administration, et puis un noviciat de deux années? Ne suffirait-il pas d'avoir le *fonds commun* d'instruction que donnera l'enseignement ordinaire du droit administratif, et d'y joindre l'expérience d'un court noviciat?

La quatrième différence est relative aux *droits* des élèves. Le plan de 1846 établit sur les points principaux de la France un enseignement général, et dans une Ecole d'ap-

[1] Voir le rapport de M. Bourbeau ; *Moniteur* du 21 décembre 1848.

Digitized by Google

plication un enseignement spécial qui auront pour objet de préparer, dans une mesure différente, des candidats pour l'administration du pays et la représentation de ses intérêts au dehors; mais ce projet n'attribue point à ces jeunes gens un *droit définitif;* il leur confère seulement *une aptitude.* On dit aux élèves : L'administration départementale ou générale, les grands corps administratifs se recruteront parmi vous; mais vous n'aurez de *droit acquis* que lorsqu'après examen, noviciat et concours, vous serez devenus *fonctionnaires publics.*

Le projet de 1848 affecte, au contraire, le *tiers* de toutes les places aux candidats de l'École d'administration, qu'ils soient ou non plus capables que les autres *soldats de l'armée administrative* (selon l'expression du rapport); et attendant les places, il alloue aux élèves, pendant leur noviciat, un traitement de 1,200 francs : or, comme le noviciat durerait au moins deux ans, et que la promotion de chaque année devrait porter sur cent élèves, il en résulterait que tous les deux ans l'État aurait à payer un noviciat de 240,000 fr., et si le nombre des emplois à donner ne répondait pas chaque année aux prévisions de l'ex-Commission, il faudrait ajouter à cette charge annuelle la somme des traitements provisoires affectés aux anciens élèves non encore placés. C'est un poids un peu lourd que l'École d'administration, telle qu'elle a été conçue par la Commission de 1848, pourrait traîner après elle.

Avec beaucoup moins de dépenses et plus d'équité dans la répartition des charges et des avantages, l'Assemblée nationale peut exécuter le plan de 1846. Le développement de l'enseignement administratif dans les Facultés, qui est la première amélioration à réaliser (si l'on ne croyait pas pouvoir adopter immédiatement le projet tout entier),

Digitized by Google

entraînerait seulement pour toutes les Facultés une dépense de 50 à 60,000 fr. par an[1]; et il faut se rappeler que cette dépense ne serait pas pour l'État une charge sans compensation; car les Facultés de droit versent, année moyenne, dans le Trésor public un bénéfice net de TROIS CENT MILLE FRANCS. N'est-il pas de toute justice qu'une partie de ce bénéfice reflue sur les Facultés de droit pour leur donner le moyen de travailler plus activement encore à la propagation de la science?

Que si, comme nous le désirons sincèrement, le plan, maintenant connu, de la Commission des hautes études faisait cesser l'antagonisme et devenait le point de réunion où se concilieraient les deux systèmes mis en présence, l'Assemblée nationale trouverait encore les *voies et moyens* de l'entière exécution du projet de 1846 dans les trois cent mille francs produits par les Facultés de droit. — Et ainsi, la République, en restituant à l'enseignement supérieur un excédant de recette sur la dépense, pourrait à la fois doter le pays d'une grande amélioration dans l'enseignement administratif de nos Facultés, et fonder, pour les sciences politiques et administratives, un établissement spécial et d'application, dans le sein duquel se formeraient d'habiles administrateurs et des sujets capables de devenir un jour des hommes d'État.

Personne, au surplus, dans la préoccupation de projets

[1] Savoir : à Paris, une deuxième chaire de droit administratif. . . 6,000 fr.
Dans les huit Facultés des départements, huit chaires à 3 000 f., ci. 24,000
Plus, pour traitement éventuel d'après abonnement avec le Trésor pour les huit professeurs, à 3,000 fr., ci. 24,000
54,000 fr.

Mais dès les premiers temps, il n'y aurait pas nécessité de pourvoir aux huit chaires par la nomination d'autant de professeurs; il suffirait, pour certaines Facultés, de créer quelques suppléants de plus.

Digitized by Google

dissemblables, mais non inconciliables, personne n'oublie qu'une École d'administration a été formée sous la foi d'un arrêté du Gouvernement provisoire, et que cent cinquante jeunes gens ont pris part à ses premiers exercices. Si le projet du 22 janvier 1849 est adopté en ce qu'il a d'essentiel, ces jeunes gens seront admis à s'inscrire de suite dans les Facultés pour les cours de droit public et administratif, comme s'ils avaient déjà le diplôme de bachelier en droit, et ils pourront se préparer soit à poursuivre le cours ordinaire des études juridiques, soit à obtenir spécialement le grade de licenciés en droit administratif. Et si à ce projet, qui a pour lui le vœu exprimé par toutes les Facultés de droit, l'Assemblée nationale ajoutait le complément d'une École spéciale, les élèves qui ont concouru aux premiers travaux de 1848 seraient appelés par leur droit acquis à faire partie de l'École définitive d'administration.

Par l'équité de l'une et de l'autre mesure, on conciliera l'intérêt public, qui réclame pour l'enseignement la meilleure organisation, avec de légitimes espérances, nées sous les auspices de l'administration du pays, et placées sous la protection due à l'intérêt sacré des familles.

F. Laferrière,
Inspecteur général de l'Université,
de l'Ordre du droit.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Politique d'Aristote, traduite en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éditions principales, par M. J. Barthélemy Saint-Hilaire, représentant du peuple, membre de l'Institut (Académie des sciences morales et politiques), professeur de philosophie grecque et latine au collége de France. Deuxième édition, revue et corrigée, 1 vol. in-8°. Paris, Dumont, 1848.

Tous les lecteurs de la *Revue* connaissent le beau travail que M. Barthélemy Saint-Hilaire a publié, il y a déjà quelques années, sur la politique d'Aristote, et dont l'édition était depuis longtemps épuisée. La seconde édition ne diffère de la première que par la suppression du texte grec, quelques remaniements dans les notes, et une nouvelle introduction où, au lieu de se borner, comme il l'avait fait d'abord, à l'histoire en quelque sorte *extérieure* du livre, l'auteur en expose les principales doctrines, qu'il étudie ensuite dans leurs développements depuis Aristote et Platon jusqu'à Montesquieu et Rousseau.

Ainsi dégagé de son appareil scientifique, le travail de M. Barthélemy Saint-Hilaire présente un véritable intérêt de circonstance. C'est surtout aux époques de crise, lorsque tous les principes du gouvernement et de la société sont plus ou moins mis en question, qu'il faut lire, ou plutôt étudier les maîtres de la science. Plus ils sont éloignés de nous, plus leur point de vue est différent du nôtre, partant aussi plus ils nous apprennent. Malheureusement, les ouvrages d'Aristote sont d'un abord difficile; ce sont moins des livres comme nous avons l'habitude d'en lire et d'en faire, avec des divisions méthodiques et un enchaînement systématique des matières, que de simples notes, des observations presque toujours profondes, mais sans lien apparent. Ce lien existe, sans doute, et ce n'est pas perdre son temps que de le chercher; mais encore faut-il le chercher, et c'est là un effort d'esprit qui exige de la persévérance et du loisir. Aussi, pour rendre populaire l'œuvre d'Aristote, il faudrait peut-être la refaire au lieu de la traduire. Moins esclave de la lettre, on reproduirait plus fidèlement l'idée.

Le plus grand mérite d'Aristote, c'est, comme le remarque très-bien M. Barthélemy Saint-Hilaire, d'avoir fait de la politique une science. Avant lui, Platon s'était peut-être élevé plus haut, en proclamant la justice comme le but et la règle suprême des gouvernements; mais le point de vue de Platon était plutôt celui de la philosophie que de la politique. C'est précisément pour éclairer la question métaphysique du juste

Digitized by Google

et de l'injuste que Platon sort de la sphère de la conscience, et qu'il porte ses recherches sur un plus vaste théâtre; c'est l'Etat qui lui fournira le sujet d'études qu'il demande, et non point tel ou tel Etat plus ou moins éloigné du type que conçoit la raison, mais l'Etat idéal. Moins sublime, mais par là même plus pratique, Aristote applique à l'Etat la même méthode d'observation et d'analyse qu'il a le premier appliquée à la physique, à l'histoire naturelle, à toutes les sciences. On sait que pour se préparer à écrire la *Politique*, Aristote avait commencé par recueillir les constitutions de tous les Etats alors connus des Grecs, au nombre de cent cinquante. La *Politique* renferme les résultats théoriques auxquels l'avait conduit cet immense travail. A l'exception du premier livre, qui expose la nature et le principe de l'Etat considéré comme but nécessaire et final de l'activité humaine, ainsi que les lois non moins nécessaires et universelles de la famille et de la propriété, l'ouvrage entier d'Aristote s'appuie sur l'étude de l'histoire. C'est en généralisant les faits par lui recueillis qu'il définit les lois suivant lesquelles ils se produisent. De là la théorie des gouvernements et celle des révolutions; de là encore la théorie du pouvoir et de ses trois modes d'action : législatif, exécutif, judiciaire. Si la première de ces théories est déjà indiquée dans Platon, celle de la division des pouvoirs, qui n'est ni moins importante ni moins célèbre, appartient en propre à l'auteur de la *Politique*.

C'est le caractère de presque tous les anciens de se cacher en quelque sorte derrière leurs ouvrages, et de se laisser tout au plus deviner parfois sans se montrer jamais; c'est là aussi le caractère d'Aristote; toutefois, plus d'une conclusion pratique ressort du livre avec un tel degré d'évidence, qu'on peut en inférer les tendances et les affections de l'auteur. Comme Platon, il n'accorde la souveraineté absolue qu'aux lois de la raison, mais dans les limites du bien et du juste; c'est aux majorités qu'il accorde la souveraineté relative, parce que si les individus, pris isolément dans la foule, n'ont pas une très-grande valeur, tous réunis en ont une immense : « C'est comme un repas à frais communs, qui est toujours plus splendide que le repas donné par un seul convive. » Comme Platon encore, il place dans la tempérance le bonheur de l'individu, l'ordre de l'Etat et la stabilité du pouvoir; mais il pousse cette idée jusqu'à ses dernières conséquences, et de même qu'en morale il a essayé de définir la vertu un moyen terme entre deux excès contraires, de même, en politique, c'est dans la classe moyenne qu'il place la véritable force de l'Etat. Egalement éloignée de l'excessive richesse et de l'extrême pauvreté, la misère ne la réduit pas à l'insurrection, et l'enivrement de la fortune ne la pousse pas aux tentatives non moins coupables d'une aveugle ambition. Elle assure à la cité un équilibre puissant et calme qui fait sa tranquillité et son bonheur.

Digitized by Google

C'est donc à tort qu'en s'appuyant sur quelques phrases mal comprises, on a reproché à l'auteur de la *Politique* d'avoir défendu, par complaisance pour son disciple Alexandre, la monarchie et le pouvoir absolu. Il est vrai qu'il a essayé d'expliquer théoriquement l'esclavage, et cette explication, comme le dit avec raison le traducteur, est bien près d'être une apologie; mais on ne doit pas oublier qu'Aristote a voulu rendre compte de tous les faits, et que de son temps l'esclavage était un fait général. L'esclavage a été la première forme de l'inégalité des conditions, et à bien prendre c'est aussi cette loi mystérieuse qu'Aristote a essayé d'expliquer. Une observation plus profonde, non-seulement de la nature humaine, mais même des faits de l'histoire, aurait pu lui montrer l'injustice et le danger de ce qu'il regarde comme un mal nécessaire, de même que dans le chapitre suivant une observation exacte lui a révélé les principes fondamentaux de l'économie politique. Mais, quelle que soit la puissance du génie, il ne lui est pas toujours donné de s'élever par l'abstraction au-dessus de tous les préjugés de son temps. Ç'a été, par exemple, le caractère commun de presque toutes les constitutions grecques, qu'elles ont exagéré les droits de l'Etat à l'encontre des droits non moins sacrés de l'individu. Aristote, dès le début de son ouvrage, a érigé ce fait en droit. Au lieu de voir dans l'Etat et l'individu deux termes corrélatifs, il regarde l'Etat comme logiquement antérieur à l'individu, dont il est le but final, parce qu'il est un tout, et qu'en détruisant le tout on détruit nécessairement les parties qui le composent. Cette idée n'est peut-être qu'une extension un peu forcée du système métaphysique d'Aristote sur les causes finales. En tout cas, il ne faudrait pas la presser beaucoup pour en faire sortir le despotisme.

Telle est la méthode, tels sont les mérites et aussi les défauts de ce livre admirable, qui a inspiré tous les livres de politique sans exception, depuis Polybe et Cicéron jusqu'à Montesquieu et Rousseau. Montesquieu lui a emprunté sa théorie de l'influence des climats, Rousseau son principe de la souveraineté nationale, et ni l'*Esprit des Lois* ni le *Contrat social* ne firent oublier la *Politique*. M. Barthélemy Saint-Hilaire a retracé avec un grand talent, dans son introduction, la filiation, la parenté plus ou moins étroite de tous ces monuments de la science, et réunissant ainsi, dans un esprit de conciliation et d'éclectisme, le faisceau des grands principes reconnus et démontrés jusqu'à ce jour, il a établi le fondement et le point de départ de toute recherche nouvelle, ainsi que la méthode qu'il faut suivre sous peine de s'égarer.

Digitized by Google

Textes sur la dot, traduits et commentés par C. A. Pellat, professeur de Pandectes à la Faculté de droit de Paris. 1 vol. in-8, Paris, Thorel, 1848.

La théorie de la dot est pour nous une des parties les plus intéressantes du droit romain, d'abord à cause des développements que les jurisconsultes lui ont consacrés, et aussi par la valeur pratique qu'elle a conservée comme source de notre régime dotal. En réunissant les textes principaux de cette théorie, M. Pellat n'a pas seulement rendu service à ses nombreux élèves, mais encore à tous les amis du droit romain. Ces textes sont les titres VI et VII des Règles d'Ulpien, sous les rubriques *De dotibus* et *De jure donationum inter virum et uxorem*, une partie du titre IX de l'*Epitome* des Institutes de Gaïus, sous la rubrique *De obligationibus*, et enfin le titre *De jure dotium*, au Digeste. Quant aux textes des *Vaticana fragmenta* qui sont rangés sous la rubrique *De re uxoria et dotibus*, l'auteur ne leur a pas assigné de place spéciale dans son recueil : il s'est contenté de les rattacher aux passages, soit d'Ulpien, soit des Pandectes, dont ils pouvaient éclaircir le sens. Un grand nombre de fragments, empruntés aux poëtes et aux orateurs comme aux jurisconsultes, trouvent aussi leur place et leur explication dans le cours du commentaire.

La méthode du livre est en effet, comme du reste le titre l'annonce, purement exégétique ; c'est une traduction avec une explication sous chaque paragraphe, et une discussion des points controversés. Nous nous proposons de revenir prochainement sur les principales questions que M. Pellat a traitées, sur les solutions souvent nouvelles qu'il propose. Nous rappellerons seulement ici qu'on trouve dans ce commentaire toutes les qualités de l'auteur, la clarté, la précision et une érudition qui n'est jamais en défaut. M. Pellat connaît l'école allemande moderne comme l'école française du seizième siècle ; Glück, Savigny, Vangeron, Mühlenbruch, Gœschen, Hasse, lui sont aussi familiers que Doneau et Cujas. Son livre est donc au courant de la science, ce qui n'est pas un faible mérite aujourd'hui. Nous signalerons surtout la dissertation sur le taux de l'intérêt à Rome, à propos du § 13 du titre *De dotibus*, dans Ulpien.

Après avoir lu cet ouvrage si riche de détails et de remarques intéressantes, on regrette de ne pas retrouver tous les principes qu'il contient réunis et ramassés dans un ordre systématique, on regrette, en un mot, que l'auteur n'ait pas fait précéder ou suivre son travail d'un résumé théorique. Nul n'était plus capable de donner un pareil résumé à la science, et le développement progressif des idées romaines sur l'association conjugale pouvait donner matière à quelques vues d'ensemble d'un haut intérêt. Espérons que le succès des *Textes sur la dot* engagera l'auteur à compléter ainsi son œuvre.

Digitized by Google

ÉTUDES HISTORIQUES

SUR

LES DÉVELOPPEMENTS DE LA SOCIÉTÉ HUMAINE[1].

PARTIE Ire. — L'ACHAT DES FEMMES.

§ 1. — Peuples de l'Amérique, de l'Afrique et de l'Asie. Hébreux. Grecs. Romains.

La nation est précédée par la tribu, la tribu par la famille, la famille est fondée sur l'union de l'homme et de la femme. La régularisation de cette union provoquée par la nature et le pouvoir des sens, est le premier pas dans la carrière de la civilisation. Le mariage, à la fois source de la famille et pépinière des générations qui forment la nation, est également la première, la plus nécessaire et la plus sacrée des institutions humaines. Aussi toutes les traditions des peuples rapportent à leurs premiers chefs l'institution du mariage. Les Égyptiens en font honneur à Ménès, les Grecs à Cécrops, les Chinois à Fo-hi; et Platon[2] disait déjà, il y a plus de vingt siècles, que « pour une république bien constituée, les premières lois devaient être celles qui règlent les mariages. »

L'homme, dans l'état sauvage, cherche, par la force ou par la ruse, à s'emparer de l'objet de ses désirs; il enlève

[1] Voir l'introduction dans la livraison de septembre-octobre 1848, p. 40.

[2] *De leg.*, IV : « Γαμικοὶ δὲ νόμοι πρῶτοι κινδυνεύουσι τιθέμενοι καλῶς ἂν τέθεσθαι πρὸς ὀρθότητα πάσῃ πόλει. »

Digitized by Google

la fille ou la femme qu'il convoite. Horace (*Satyr.*, l. I, III, v. 107) dépeint cet état :

> Nam fuit ante Helenam cunnus teterrima belli
> Causa ; sed ignotis perierunt mortibus illi,
> Quos, venerem incertam rapientes, more ferarum,
> Viribus editior cædebat, ut in grege taurus.

Aussi voit-on, dès les premières lois pénales, de sévères châtiments contre le rapt des vierges et des femmes. Les peuples de l'Asie comme ceux de l'Amérique, les Celtes comme les Germains, les nations slaves comme la race scandinave, tous enfin, dès leurs premiers pas dans la civilisation, ont prononcé des peines sévères contre le rapt, crime qui attaquait dans sa base la constitution régulière de la famille. Certes, ce crime n'a pas moins fixé l'attention des législateurs des époques plus rapprochées; mais ils ne le jugèrent plus du même point de vue. La législation romaine l'envisageait comme un crime contre la paix publique, le droit canonique le considérait comme un crime contre les mœurs; enfin, parmi les codes moderne s, quelques-uns se sont rangés à cette opinion, d'autres y ont vu un attentat contre la liberté individuelle.

Ainsi, le premier pas vers la constitution régulière de la famille se fit le jour où l'homme, qui voulait s'unir à la femme de son choix, demanda le consentement de ses parents; consentement qu'il lui fallait acheter, car il devait nécessairement offrir aux parents un équivalent pour leur enfant.

C'est sur l'universalité de cet achat, forme primitive du mariage, qu'on rencontre dans l'enfance de toutes les races, que nous voulons appeler l'attention; et ce travail n'aura pas l'unique avantage d'éclaircir un point essentiel du développement de la civilisation humaine, il aidera

*

Digitized by Google

aussi à expliquer une foule d'usages et de dispositions, qu'on retrouve dans les mœurs et les lois des peuples du moyen âge, et même des nations modernes.

Les sauvages de l'Amérique, au moment de la découverte du Nouveau-Monde, nous fournissent un tableau véridique de ce qu'est l'humanité dans son enfance. « Parmi beaucoup de peuples de l'Amérique, dit *Robertson*, dans son excellente histoire d'Amérique [1], le mariage est proprement une acquisition. L'homme achète sa femme de ses parents. Quoique ignorant l'usage de l'argent et les transactions commerciales des sociétés plus avancées, il sait donner un équivalent pour l'objet qu'il désire avoir en sa possession. Dans quelques pays, le futur dévoue ses services pour un certain temps aux parents de la jeune fille qu'il recherche [2]; dans d'autres, il chasse de temps en temps pour eux, ou bien il les assiste dans la culture de leur champ ou dans la construction de leurs canots; dans d'autres encore, il offre des cadeaux consistant en objets réputés d'un grand prix par leur utilité ou leur rareté. En retour de ces dons ou services, il reçoit son épouse... »

De nos jours encore les Tartares, les peuples du Tonquin, du Pégu, et plusieurs peuplades nègres de l'Afrique achètent leurs femmes [3].

Les nations les plus policées de l'antiquité ont passé par la même voie. Déjà *Strabon* [4] savait, que les anciens habitants des bords du Gange achetaient leurs femmes. En effet, aujourd'hui que nous connaissons les anciennes lois

[1] Livre VI, p. 822 de l'éd. angl., Lond., 1831.

[2] Qui ne se reporte involontairement à Jacob et Laban, en lisant ces paroles?

[3] Goguet, *Origine des lois, des arts et des sciences*, t. I, p. 53.

[4] Livre XV.

Digitized by Google

de ce peuple vénérable, nous voyons, que Manou avait distingué huit formes de mariages, parmi lesquelles il y en avait deux (*Arsha* et *Asura*), qui admettaient l'achat de la fiancée; mais les enfants nés de ces mariages étaient méchants et désagréables aux dieux [1]. L'influence religieuse qui est dominante dans cette législation [2], et qui prouve combien la civilisation de cette race est ancienne, commence déjà à se prononcer explicitement contre la vente des filles par leurs parents. « Un père qui connaît la loi, disent ailleurs les préceptes de Manou [3], ne doit pas recevoir le moindre présent en mariant sa fille. Recevoir un tel présent par cupidité, c'est avoir vendu son enfant. Quelques habiles disent, que le présent d'une vache et d'un taureau n'est qu'une gratification. Non, tout présent reçu par le père constitue une vente. »

L'achat des femmes se retrouve dans toute l'Asie. Les Assyriens [4], les Babyloniens [5], les Arméniens [6], les Syriens [7], les Chaldéens, les Hébreux n'ont pas eu d'abord d'autres formes de mariage. Quant aux derniers, l'histoire des patriarches dans l'Écriture sainte, nous en présente plusieurs exemples. Abraham envoyant Eliézer pour demander Rébecca en mariage pour son fils Isaac, le charge de nombreux et magnifiques présents. Jacob, pour acquérir les filles de Laban, lui vend le travail de quatorze années. Sichem

[1] Gans, *Erbrecht*, t. I, p. 72.

[2] Les lois de Manou sont pour les Hindous un code à la fois civil et religieux, comme les livres de Moïse l'étaient pour les Hébreux.

[3] *Lois de Manou*, p. 79, 306 et 331.

[4] Ælian., *Hist. var.*, t. IV, p. i.

[5] Hérodote, I, 196.

[6] *Justiniani Novella*, XXI.

[7] La fiancée, chez les Syriens, était appelée *mechiro* (la fille vendue). Michaelis, *Droit de Moïse*, t. II, p. 105.

Digitized by Google

offre au père et aux frères de Dina d'augmenter la dot, et d'accorder tout ce qu'ils demanderont, pourvu qu'ils lui donnent cette fille pour épouse. Du reste, Moïse confirme cet usage en deux endroits [1], et les livres de Samuel et d'Osée [2] en fournissent de nouveaux exemples.

Le Coran des Arabes prescrivit aux maris de doter leurs femmes de leurs propres biens [3].

Dans les législations actuelles des Turcs et des Persans, l'ancienne forme d'achat se retrouve, quoique modifiée, dans l'existence du don du matin [4].

En Chine enfin, l'achat est la seule forme de mariage; les fiançailles sont consommées aussitôt que le futur mari a fixé le cadeau qu'il donnera à sa fiancée, et ce prix n'est nullement symbolique comme à Rome [5].

En abordant les peuples de l'Europe, nous savons encore, par le témoignage de Strabon, que les femmes furent vendues par leurs parents aux maris, en Espagne et en Thessalie [6]. Même coutume dans la Thrace [7], et parmi les premières peuplades grecques [8]; aussi Homère donne-t-il

[1] *Exod.*, c. XXII, v. 16-17. *Deutéron.*, c. XXII, v. 29.

[2] *Samuel*, c. I, v. 18-25. *Osée*, c. III, v. 1, 2.

[3] Chap. IV, *des Femmes*.

[4] Gans, t. I, p. 189.

[5] Gans, t. I, p. 101.

[6] Strab., L. III, p. 251 et L. XV.

[7] Heraclid. Pont., *De Polit.*, voce Θρακῶν. Alexander ab Alexandro, *Genialium dierum*, liv. I, c. XXIV : « Quippe Thraces mulieres nupturæ non parentum arbitratu, sed præmiis nubunt. Virgines enim quæ forma præcellebant a viris pretio exhibito, et certa subtaxata pecuniarum summa emebantur. »

[8] Aristot., *Polit.* II, p. 8 : « Τοὺς γὰρ ἀρχαίους νόμους λίαν ἁπλοῦς εἶναι καὶ βαρβαρικοῦς· ἐσιδηροφορουντό τε γαρ οἱ Ἕλληνες, καὶ τὰς γυναῖκας ἐμνουντο παρ' ἀλλήλων. »

Digitized by Google

souvent aux filles l'épithète d'Ἀλφεσίβοιαι, rapportant des bœufs (à leurs parents) [1].

Le onzième chant de l'Iliade (v. 146) nous montre Agamemnon disant à Achille, qu'il lui donnera une de ses filles en mariage sans exiger le moindre présent. Un autre exemple des temps héroïques est rapporté par *Pausanias* [2] : Danaüs, ne trouvant point à marier ses filles à cause du crime dont elles s'étaient rendues coupables, fit publier, pour en venir à bout, qu'il ne demanderait point de présent à ceux qui voudraient les épouser.

Cette coutume devait se perdre chez un peuple policé comme les Grecs le furent plus tard; le principe monogame importé d'Égypte en Grèce devait lui être défavorable, ce qui fit, que bientôt on n'achetait plus que les concubines; les femmes légitimes, au contraire, apportaient une dot (Προῖξ) à leurs maris. C'est contre cette espèce de dot, que Lycurgue [3] et Solon [4] portèrent des lois restrictives.

Chez les Athéniens, l'épouse recevait de son mari, à l'occasion des noces, quelques cadeaux (Ὀπτήρια, ἀνακαλυπτήρια, ἐπαύλια), qui revenaient à celui-ci après le décès de la femme sans enfants. Ces dons pourraient être considérés comme un vestige de l'ancienne coutume d'acheter les mariées, quoique le prix d'achat se donnât aux parents et non à la fiancée; cette donation se rapproche par conséquent du don du matin en usage parmi les peuples germaniques.

Quant à la donation que les Grecs du Bas-Empire pratiquaient sous le nom de Ὑποβολον [5], elle doit encore moins être

[1] Voir aussi la *Médée* d'Euripide, vers 232.

[2] Liv. III, ch. XII.

[3] Justin., liv. III, ch. III.

[4] Plutarque, *Vie de Solon*, ch. XX.

[5] Harmenopuli *Prompt. juris*, IV, p. 10.

Digitized by Google

confondue avec l'ancienne dot, prix d'achat de la femme. C'était tout simplement une modification de la *donatio propter nuptias* du droit Justinien, et elle se rapprochait beaucoup de l'augment de dot pratiqué dans nos pays de droit écrit.

Rome ancienne connaissait trois formes de mariage donnant à l'époux la puissance maritale : *Usu*, *confarreatione* et *coemptione*. Les deux premières ne se rattachent point à nos recherches, et nous nous contenterons d'observer, qu'elles aussi se retrouvent chez d'autres peuples; mais la troisième forme du mariage romain, la *coemptio*, entre entièrement dans l'objet qui nous occupe.

Cette forme antique s'est conservée longtemps, puisqu'elle était encore en usage du temps de Cicéron [1].

Le jurisconsulte Gaius la décrit déjà comme une coutume du passé [2], ce qui prouve qu'elle n'était plus en vigueur au deuxième siècle de notre ère [3]. Gaius dépeint cette vente comme symbolique ou imaginaire, mais cela même prouve l'existence antérieure d'une vente réelle; de même que l'émancipation du fils de famille, qui se faisait par une vente simulée et trois fois réitérée, était le reste de l'antique puissance paternelle, qui avait le droit de vendre les enfants.

L'inscription suivante, trouvée sur un marbre romain et rapportée par *Heineccius* [4], vient à l'appui de notre opinion :

[1] *Pro Flacco*, c. XXXIV.

[2] *Comment.*, I, § 110 : « Olim itaque tribus modis... in manum conveniebant : usu, farreo, coemptione. »

[3] *Ibid.*, § 113 : « Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quamdam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus, civibus romanis item libripendi, præter mulierem eumque cujus in manum convenit. »

[4] *Antiq. rom.*, I, 10, ii.

Digitized by Google

« *Publ. Claud. quæst. ær. Antoniam Volumniam virginem volent. auspic. a parentibus suis coemit et fac. IIII in dom. duxit.* »

Dans le même sens, la concubine est appelée « *uxor gratuita, utpote quæ coemta non esset* [1]. »

Plus tard, le sens véritable de l'ancienne *coemptio* semble s'être perdu, car *Nonius Marcellus* [2] l'explique, comme si c'était l'épouse qui eût acheté son mari, ses dieux Lares, et son entrée dans la maison conjugale.

En effet, ce qui s'appelle *dos* et *donatio propter nuptias* dans les lois romaines, telles qu'elles avaient définitivement été codifiées par Justinien, sont des institutions totalement étrangères à notre sujet. La *dos* du droit romain, apportée par la femme au mari pour contribuer aux charges du ménage commun, est tout le contraire de ce que les monuments germaniques du moyen âge appellent du même nom. Quant à la *donatio propter nuptias* introduite dans les lois romaines par Justinien, elle s'était développée de l'ancienne *donatio sponsalitia, donatio ante nuptias;* elle avait donné lieu à l'*augment de dot* dans nos pays de droit écrit, où le douaire était inconnu. Cependant, bien que le douaire des pays coutumiers s'appelât aussi *donatio propter nuptias* dans les actes latins, il faut bien se garder de les confondre, car *douaire* et *donatio propter nuptias* sont choses aussi différentes, que la *dos* romaine et la dot (*dos, pretium*), que les anciens peuples de l'Asie et de l'Europe, les Germains, les Scandinaves, les Slaves, donnaient pour acheter leurs femmes.

[1] Gruter, *Inscript.*, p. IOCCC, 21.
[2] *De propriet. serm.*, XII, 50.

Digitized by Google

§ 2. — Races germanique, scandinave, celte et slave.

Cet usage universel d'acheter la fiancée des mains de ses parents, qui a été si longtemps regardé comme un usage exclusif des anciens Germains, devait frapper Tacite à cause de son étrangeté.

Dans son esquisse sur les mœurs des Germains, le brillant écrivain s'exprime ainsi :

« Ce n'est pas la femme, c'est le mari qui apporte la dot. Le père et la mère, les parents assistent et agréent les présents. Ces présents ne sont pas des frivolités pour charmer les femmes, ni des parures de mariée. Ce sont des bœufs, un cheval tout bridé, un bouclier avec la framée et le glaive. *Pour ces dons, on reçoit l'épouse.* Elle, de son côté, apporte quelque arme à son mari. »

Jusque-là, Tacite se montre historien fidèle, mais évidemment il se laisse aller aux séductions du poëte, quand il ajoute :

« Ce sont leurs sacrés liens, leurs mystérieux *symboles*, leurs dieux d'hyménée. Qu'ainsi la femme ne se croie pas hors des pensées héroïques, hors des hasards et de la guerre, les auspices de l'hymen le lui disent déjà ; elle vient comme compagne des travaux, des périls ; sa loi, en paix comme au combat, c'est d'oser et souffrir comme lui. *Voilà ce que lui dénoncent l'attelage des bœufs, le cheval préparé et les armes.* Ainsi il lui faudra vivre, ainsi mourir. »

Ces paroles, que M. Burnouf a si bien rendues, sont certes pleines de poésie, et il faut convenir qu'un attelage de bœufs devait se présenter tout naturellement à une imagination romaine, comme le symbole du mariage, du *conjugium*. Mais la vérité est que les symboles ne se rencontrent que chez les peuples d'une civilisation avancée, et tel n'é-

Digitized by Google

tait pas certes l'état des Germains au temps de Tacite. D'ailleurs, l'argent et l'or étaient fort rares chez ce peuple, et le bétail, les chevaux et les armes étaient de fréquents moyens d'échange, ce qui explique pourquoi le prix, le don payé aux parents consistait dans les objets décrits par Tacite. Un autre fait, qui s'oppose à la manière de voir de cet historien, c'est que les bœufs, les chevaux de guerre, les armes étaient d'une grande valeur chez les Germains [1], et que par conséquent ils ne s'en servaient pas comme symboles; car ces derniers ont été toujours et partout d'une mince valeur, afin d'être à la portée de tout le monde. L'achat de la femme, parmi les Germains, était donc réel, et non pas symbolique au commencement de l'ère chrétienne.

Quand les nations germaniques se donnèrent des lois écrites, le principe du prix à payer fut partout conservé; mais le nom, la forme varièrent. Ici *dos* ou *pretium*, là *mundium*, *meta*, *wittemon;* tantôt achat réel, tantôt achat symbolique; chez un peuple, distinct du don du matin (*morgengabe*), chez un autre, s'identifiant avec cette donation; mais sous la variété du nom et de la forme se cache toujours le principe de l'acquisition de la femme.

[1] La *Loi ripuaire*, t. XXXVI, donne l'évaluation suivante : le *solidus* des Francs valait à peu près onze francs de notre monnaie :

Un bœuf.....	3	solidi.
Une vache.....	1	—
Une jument.....	3	—
Un épervier non dressé.....	3	—
Un épervier dressé.....	6	—
Un cheval.....	6	—
Un heaume.....	6	—
Un glaive avec un ceinturon.	7	—
Une cuirasse.....	12	—

Digitized by Google

Le rapt et l'enlèvement font l'objet de défenses sévères et réitérées dans les lois germaniques, et on en trouverait difficilement une, qui n'y ait pas consacré un titre spécial [1].

La loi salique taxait le déshonneur des femmes et des filles par sols et deniers. Tant pour avoir pressé le doigt d'une femme, tant pour la main, tant pour le bras, tant pour le sein, tant pour la jambe. Le viol ou rapt d'une femme mariée, ou d'une fiancée au moment où on la conduisait à la maison conjugale, était composé à 200 *solidi*, ce qui, dans l'échelle des compositions, était une des plus hautes amendes, puisque c'était ce qu'on payait pour le meurtre d'un homme libre. Tandis que pour coucher avec une jeune fille, l'amende était de 45 solidi; de 62 1/2 si on lui faisait violence; de 77 1/2 si elle était promise en mariage [2]. L'esclave qui avait ravi ou enlevé de force une femme libre était puni de mort. La loi ripuaire et celle des Bavarois imposaient également au ravisseur une amende de 200 *solidi*, la même que ces lois fixaient pour le meurtre [3]. Dans celle des Allemans, la composition du rapt était de 400 *solidi*, tandis que celle pour le meurtre d'un homme libre n'était que de 180 [4]. Les coutumes des Burgondes, des Thuringiens et des Saxons, prononçaient de même de fortes amendes contre le rapt et l'enlèvement des femmes.

Chez les Visigoths, le ravisseur perdait la moitié de ses biens, et il pouvait même, dans certains cas, tomber en

[1] *Lex sal.*, t. XIV. *Rip.*, t. XXXIV-V. *Allem.*, t. LI-LIV. *Bajuv.*, t. VII, 6. *Fris.*, t. XX. *Sax.*, t. X. *Angl.* et *Wer.*, t. X. *Burg.*, t. XII. *Visigoth.*, l. III, t. III. *Longob.*, l. I, t. XVI.

[2] *Lex sal.*, t. XIV, XV et XXIII.

[3] *L. rip.*, t. VII et XIII. *Bajuvar.*, t. VII, c. XVI; t. III, c. XIII.

[4] *L. allem.*, t. LXIX.

Digitized by Google

servitude. Si quelqu'un enlevait la fiancée d'autrui, la moitié de sa fortune était dévolue à la victime, et l'autre à son fiancé. Si le coupable ne possédait rien, on le vendait, pour que le prix servît d'indemnité. La loi visigothe va plus loin, elle permet de tuer impunément le ravisseur :

« Si quispiam de raptoribus fuerit occisus, ille qui percussit ad homicidium non tenetur, quod pro defendenda castitate commissum est. »

Chez les Romains, les attentats commis avec violence contre les femmes entraînaient la peine de mort; ceux qui n'étaient pas accompagnés de cette circonstance aggravante, étaient encore punis de la perte de la moitié des biens pour les classes supérieures, et, pour ceux de basse condition, d'une peine corporelle et de la relégation.

L'ancien droit français s'est ressenti des peines sévères du droit romain et des lois germaniques. Les Capitulaires des rois francs, tantôt s'inclinant devant l'Eglise, tantôt imitant le droit romain, tantôt enfin se rappelant les anciens usages des Germains, avaient prononcé les peines les plus diverses, car on y rencontre la pénitence publique, l'exclusion des églises et des couvents, l'excommunication, l'obligation de doter la fille déshonorée, de l'épouser même, à côté des compositions et amendes pécuniaires, du bannissement, et parfois même de la peine capitale. Dans les Assises de Jérusalem [1], celui qui avait déshonoré une fille sans user de violence («ou par la volenté de la guarse, ou par sa simplese»), était forcé de l'épouser ou de la doter, ce qui avait déjà été prescrit par les Capitulaires ; de plus, si les parents, sous la garde desquels se trouvait la victime, ne se déclaraient point satisfaits, ou bien si le coupable n'avait pas de quoi la do-

[1] *Cour des Bourgeois*, ch. CXIX.

Digitized by Google

ter, ou s'il était d'une condition inférieure, la peine de la castration, le bannissement pour un an et un jour, et la confiscation, étaient les peines que les Assises cumulaient sur la tête du coupable. Les Etablissements de saint Louis[1], en punissant le rapt de la peine capitale, ont suivi le droit romain. Le gentilhomme qui avait abusé avec violence de la fille qui lui avait été donnée à garder par un autre gentilhomme, était pendu; si la fille y avait consenti, il ne perdait que son fief[2]. Enfin, tout seigneur qui avait séduit la femme, la fille, ou toute autre parente d'un de ses vassaux, perdait son droit de seigneur, et réciproquement le vassal perdait sa terre, s'il était convaincu d'adultère avec la femme de son seigneur[3].

Mund, *mundium*, était la tutelle, la protection (*garde*, *mainbournie*, dans nos Coutumes de France), sous laquelle se trouvait toute femme germaine, fille ou épouse. Celui qui avait cette tutelle, cette garde, s'appelait *mundwald*, *mundoaldus*. Tacite avait déjà remarqué, en esquissant les fiançailles des Germains, que les parents de la fiancée devaient y assister et approuver les dons du futur mari[4]. S'il ne s'y arrête pas plus, c'est que cette tutelle de la femme n'avait absolument rien d'étrange pour les Romains.

Mieux que toute autre loi germanique, celle des Lombards retrace le tableau de cette institution générale à toute la race germaine[5], et qui s'est bien mieux développée encore

[1] L. I, ch. XXV.

[2] L. I, ch. LI.

[3] L. I, ch. XLII.

[4] *De Morib. German.*, c. XVIII : « Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant. »

[5] Excepté dans la loi des Visigoths, trop imbue de l'élément romain.

Digitized by Google

parmi la race scandinave[1]. Chez les Lombards, toute femme, sans exception, devait avoir son *mundualdus*[2]; la fille avait son père, la femme mariée son époux, la sœur son frère. Dans les degrés plus éloignés, c'étaient les agnats, et, à leur défaut, la Cour du roi qui tenait la femme en garde. Quant au *mundium* de la veuve, il appartenait soit au fils, soit aux autres héritiers mâles de son époux, si ses propres parents ou un second époux ne l'avaient pas racheté[3].

C'est cette garde que le Germain achetait des parents de sa future à l'époque des fiançailles; du moins c'était la signification primitive dans les temps où le prix était réellement compté aux parents de la mariée. Peu à peu l'usage s'introduisit d'abandonner une partie de ce prix à l'épouse elle-même; plus tard il lui fut laissé tout entier, ou bien on faisait à l'épouse, le lendemain des noces, une donation à part, le don du matin. C'est de ces deux dons, confondus par l'usage, que s'est formé le douaire, qui joue un rôle si important dans nos coutumes de France et dans la plupart des lois modernes de l'Europe[4].

Le prix d'achat, le don du matin, et le douaire représentent trois époques différentes, trois phases successives de l'émancipation de la femme.

[1] Voir plus loin, page 168. — Chez les Hindous, la femme était dans une position identique. « Une femme devant être gardée, dans son enfance par son père, dans sa jeunesse par son mari, en cas de mort de son mari par son fils, elle n'est libre en aucun temps. » (*Dharmasâstra*, l. v, st. 148.) Ne croit-on pas lire une traduction de la loi lombarde de Rothaire?

[2] *L. Rothar.*, CCV : « Nulli mulieri liberæ sub regni nostri ditione, lege Longobardorum viventi, liceat in suæ potestatis arbitrio, id est sine mundio vivere. » *Cf. L. Roth.*, c. CLXXXI.

[3] *L. Rothar.*, c. CLXXXII-III.

[4] Voir, sur cette transformation, Ginoulhiac, *Hist. du Régime dotal*, p. 207, et nos *Études histor. sur le droit civil* (dans cette Revue, XVII, p. 402 et 413, s.)

Digitized by Google

Dans la première, si le prix donné n'est plus la composition du rapt, ou la valeur de la fille même, il est au moins payé pour la garde, pour le pouvoir, que le mari acquiert sur son épouse. Si la femme n'est déjà plus esclave, elle est au moins encore l'inférieure de l'homme.

Dans la deuxième phase, le don du matin recèle déjà des sentiments plus dignes et plus tendres; le mari cherche à indemniser l'épouse de la perte de sa virginité. C'est l'expression du bonheur, de la passion satisfaite.

Enfin le douaire vient révéler le véritable amour conjugal, qui, étendant sa sollicitude au delà de la tombe, donne à la veuve, à la mère de famille, une position digne et indépendante.

Les coutumes de la race germanique, codifiées à partir du cinquième siècle, appartiennent à ces diverses époques, et leurs dispositions différentes donnent la mesure du degré de civilisation auquel chaque peuple était arrivé.

La loi saxonne contient le principe de l'achat dans sa crudité primitive; la femme y est réellement achetée, et le prix payé aux parents [1].

Les termes *emere* et *pretium emtionis* ne peuvent laisser aucun doute sur la nature de ce prix d'achat. Mais déjà, à côté de ce *pretium emtionis*, il y avait une donation nuptiale, que le mari faisait à son épouse, la *morgengabe*, ou le don du matin, que pourtant la loi saxonne appelle à tort *dos*, proba-

[1] T. XVIII, § 1 : «Lito regis liceat uxorem *emere*, ubicumque voluerit.»

T. VI, § 1 : « Uxorem ducturus ccc solidos det parentibus ejus. § 2 : Si autem sine voluntate parentum, puella tamen consentiente, ducta fuerit, bis ccc solidos parentibus ejus componat. »

T. XII, § 3 : « Qui viduam ducere velit, offerat tutori *pretium emtionis* ejus... »

T. X, § 1 : Qui feminam ab alio desponsatam rapuerit, ccc solidos patri puellæ, ccc sponso componat, et insuper ccc solidis *emat* eam. »

Digitized by Google

blement à défaut d'une autre expression latine. C'est de cette donation que s'occupe le titre VIII de la loi saxonne : *De dote.*

La loi burgonde[1] aussi a dit *dos* pour désigner la *morgengabe*[2].

Ce qui est important à remarquer, c'est que les Coutumes germaniques n'emploient pas le mot *dos*, quand il s'agit de ce que les filles apportent à leurs époux, la dot des Romains et celle de nos jours. Les Lombards emploient le mot *faderfium*, les Anglo-Saxons, *fœderingfeoh*; les lois des Allemans et des Bavarois prennent une circonlocution[3]; les auteurs du moyen âge disent *maritagium*[4].

Les lois anglo-saxonnes, recueil des coutumes importées par les peuplades scandinaves et germaniques dans la Grande-Bretagne, qui représentent l'élément germain dans cette île, comme les lois lombardes le représentent en Italie, celles des Francs et des Burgondes dans les Gaules, et celles des Goths en Espagne; les lois anglo-saxonnes méritent une attention spéciale, parce que, plus qu'aucune loi de cette époque, elles sont restées pures de l'alliage de l'élément romain. Elles ont encore cela de commun avec la législation des Lombards, qu'elles forment un recueil de lois de différentes époques, promulguées par différents rois, d'où la conséquence, que les dispositions des lois antérieures sont souvent en désaccord avec celles des temps

[1] T. XLII, § 2.

[2] Voir nos *Etudes historiq. sur le droit civil français* (*Revue de législ. et de jurispr.*, avril 1843, p. 404).

[3] *L. Longob.*, II, 1, 4; II, 14, 14. *L. Aethelberti*, c. LXXX. *L. allem.*, t. LV, § 1 : « Et quidquid uxor de sede paterna secum attulit ». *L. bajuv.*, VII, c. XIV, § 2 : « Et quidquid illa de rebus parentum ibi adduxit... »

[4] Ducange, v° *Maritagium*. *Etablissements de saint Louis*, I, ch. IX.

Digitized by Google

plus récents; ainsi les lois d'Aethelbyrth sont fréquemment modifiées par les règlements d'Alfred, d'Aethelstaen, d'Edmond et autres souverains anglo-saxons.

Le principe que la femme était un objet échangeable à prix d'argent, forme la base des premières lois anglo-saxonnes. La trente-deuxième loi d'Aethelbyrth condamne celui, qui couche avec la femme d'autrui, à lui procurer pour ses deniers une autre femme[1], et la soixante-seizième loi de ce même prince ordonne, que les vierges soient achetées de leurs parents[2]. Le prix d'achat en anglo-saxon s'appelait *ceap*, *scaett*, *gift*. Les lois d'Edmond[3] témoignent du progrès de la civilisation, puisque le libre consentement de la femme y est considéré comme nécessaire au mariage, et que le futur est obligé, à l'époque des fiançailles, de fixer ce qu'il donnera à sa femme lorsqu'elle se sera prêtée à ses désirs, le don du matin; et ce qu'il lui destine si elle venait à lui survivre, le douaire. Ainsi, au lieu du prix d'acquisition qu'on donnait auparavant aux parents de la mariée, c'est la dot qui revient à la femme elle-même. Enfin, le prix d'achat fut formellement abrogé par une loi de Canut[4].

La loi des Angles et Varnes, ainsi que celle des Frisons, n'ont point de dispositions sur les fiançailles et le mariage; par conséquent, il est impossible de dire exactement de

[1] « Si liber homo cum hominis liberi uxore concubuerit, ejus capitale redimat, et aliam uxorem propria pecunia mercetur, et ille alteri eam adducat. »

[2] « Si vir virginem mercetur, pretio empta sit. » Aethelbyrth régna de 561 à 616.

[3] *L. d'Edmond*, 1-3. Edmond régna de 940 à 946.

[4] « Et non cogatur neque uxor neque puella ad eum qui ipsi displicet; neque pretio ea vendatur, nisi ille aliquid ex propria voluntate dare velit. » *L. de Canut*, 72. Canut régna de 1017 à 1035.

Digitized by Google

quelle manière procédèrent à cet égard les peuples de la Thuringe et du nord de l'Allemagne. Cependant, il ne peut être l'objet d'aucun doute, que l'achat de la femme ou de sa garde (*mund*) était le principe reconnu; les dispositions de ces deux lois sur le rapt et les mariages accomplis sans l'assentiment de ceux qui avaient le *mundium* de la femme, nous en seraient de sûrs garants[1]. Mais il y a en outre des témoignages irrécusables d'une époque plus récente, qui rendent le doute impossible.

Dans les Coutumes des Frisons des siècles suivants, il est fait mention du *mondscket* (littéral. *prix du mund*), que le futur mari doit payer, savoir, deux *solidi* au tuteur d'une fille, et deux marcs moins quatre deniers à celui d'une veuve[2]. Chez les *Ditmerschen*, peuple du nord de l'Allemagne, l'achat du *mund* de la femme était encore en plein usage du temps de *Neocorus*[3].

La loi salique offre également une regrettable lacune à l'endroit des formes du mariage; cependant, le principe de l'achat n'est point douteux chez les Francs. D'abord, les nombreuses dispositions sur le rapt et les unions privées de l'assentiment des parents ou tuteurs; puis, le titre LXX[4] qui exige, lors des fiançailles, la présence des parents, et dont la rubrique porte : « De eo qui filiam alienam *acquisierit* et se retraxerit », le prouvent abondamment.

Une autre et plus forte preuve de l'achat du *mundium* de la mariée, chez les Francs Saliens, se trouve dans la disposition de la loi salique, qui règle le rachat du *mundium*

[1] *L. angl. et werin.*, t. X; *L. fris.*, t. IX.

[2] Grimm, p. 427.

[3] I, 109.

[4] Editions d'Hérold et de Lindenbrog; ce titre est incomplet dans l'édition de Schilter, il manque tout à fait dans celle d'Eccard.

Digitized by Google

de la veuve[1]; celui qui avait épousé une veuve sans payer le *reipus*[2] à son tuteur[3] devait la composition fixée pour le rapt.

Enfin, des preuves directes et positives se trouvent dans les formulaires de Baluze, de Lindenbrog et de Bignon[4], où il est toujours fait mention des fiançailles *per solidum et denarium secundum legem salicam*. Encore lit-on chez Frédégaire (*Epitom.* 18), à l'occasion du mariage de Clovis et de Clotilde : « Legati offerentes *solidum et denarium*, *ut mos erat Francorum*, eam partibus Clodovæi desponsant. »

La question sérieuse n'est donc pas de savoir s'il intervenait un prix dans les unions matrimoniales des Francs Saliens; d'après les témoignages que nous venons de rapporter, elle se trouve pleinement résolue; mais reste la question, si ce prix était réel ou symbolique à l'époque de la première rédaction des Coutumes franques.

La mention dans les formules et autres monuments du sol et denier qu'on payait pour la fille, et des trois sols et un denier que la loi salique ordonne de payer pour le *mundium* de la veuve, ont conduit plusieurs savants[5] à se prononcer pour la nature symbolique. Mais la haute antiquité de la loi salique, le caractère primitif dont elle porte l'empreinte, et les mœurs peu policées des Francs lors de la première rédaction de leurs Coutumes, qui remonte à la

[1] Ed. Herold, t. XLVII. Ed. Lindenbr., t. XLVI. Ed. Eccardi, t. XLVIII. Ed. Schilteri, t. LXXVIII.

[2] De l'ancien tudesque *raips*, dont l'allemand *reif*, lien, *vinculum*.

[3] *Mundualdus*, chez les Lombards; *fastnandi*, chez les Suédois; *giptoman*, chez les Danois.

[4] Canciani II, 476, 498 et 532. Bignon, form. 5. Lindenbr., f. 75. Voy. encore une charte de 1034, rapportée par Muratori. *Antiq. medii ævi*, II, p. 271.

[5] Grimm, *Deutsche Rechtsalt.* p. 426; Wiarda, *Geschichte und Auslegung des Sal. Gesetzes*, Bremen, 1808, p. 223.

Digitized by Google

première moitié du cinquième siècle (420 à 430), sont des arguments qui s'opposent avec force à ce que le prix des fiançailles ait déjà pu être purement symbolique à cette époque.

Aussi doit-on revenir tout à fait de cette opinion, si l'on considère que le sol et le denier ne sont pas mentionnés dans le texte de la loi salique, mais dans des monuments postérieurs, qui, bien que retraçant des usages francs, appartiennent à une époque plus récente, où l'ancien prix réel était déjà devenu prix symbolique. Quant aux trois sols et au denier que la loi salique exigeait pour le *reipus* de la veuve, ils peuvent être considérés comme un prix suffisant, si l'on songe que le *mundium* de la veuve avait déjà été payé une fois lors de son premier mariage. Notons encore, que ce *reipus*, qui revenait au tuteur, n'empêchait pas le mari de constituer une dot à sa femme, ainsi qu'une formule de Canciani[1] le prouve.

Les lois salique et ripuaire, dans notre opinion, représentent la transition de la première à la seconde phase de l'émancipation des femmes, que nous venons d'indiquer tout à l'heure. Le sol et le denier, le *reipus*, revenaient encore aux parents, au tuteur; mais la dot que le mari constituait à sa femme au moment des fiançailles, appartenait déjà en toute propriété à la mariée[2]. La loi ripuaire, en fixant la dot à cinquante sols pour le cas où le mari n'aurait rien constitué à sa femme, démontre, que les Francs étaient loin de regarder la dot comme un vain symbole, mais elle prouve aussi, que cette dot avait déjà pris les allures du douaire[3].

[1] II, 477.

[2] *L. rip.*, t. XXXVII, § 1 : « Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat. »

[3] *Ibid.* § 2 : « Si autem per seriem scripturarum ei nihil contulerit, si virum

Digitized by Google

Du reste, la loi ripuaire n'est pas la seule à fixer le chiffre de la dot, à défaut de conventions particulières. Chez les Allemans, elle était fixée à quarante sols [1]. Elle l'était encore chez les Bavarois, car il est deux fois question dans leur loi d'une dot légale [2], ainsi que chez les Burgondes, dont la Coutume parle constamment du double, triple et sextuple du *pretium* ou *wittemon* [3].

La loi des Allemans exige également, que l'épouse légitime soit achetée par le mari. « Si quelqu'un a pris pour épouse une femme qu'il n'a pas achetée, et si le père la redemande, qu'il la lui rende avec 80 sols de composition. Si la femme est morte pendant le mariage, sans que le mari ait acheté le *mundium* de son père, il lui payera 80 sols. Enfin, si la femme a eu des enfants, et qu'ils soient morts avant l'acquisition du *mundium*, l'époux payera au père de leur mère le prix de chaque enfant [4]. »

Wittemon était le nom du prix des fiançailles chez les Burgondes. Parmi ce peuple, la femme était déjà parvenue à une certaine individualité, car non-seulement son consentement était nécessaire, mais encore elle recevait une part du prix des fiançailles [5]. Cette part a dû être d'un tiers, puisque le législateur, statuant sur les divers parents qui ont

supervixerit, L sol. in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint, sibi studeat evindicare.

[1] *L. allem.*, t. LV.

[2] *L. bajuv.*, t. VII, 14, 2 : « Mulieri autem dotem suam secundum genealogiam suam solvat legitime. » T. XIV, 7, 2 : « Mater vero... cum dote sua *quam per legem habet*, egrediatur. »

[3] *L. burg.*, t. XII.

[4] *L. allem.*, t. LIV.

[5] *L. burg.*, t. LII : « Et quoniam Aunegildis post mariti prioris obitum in sua potestate consistens, se ante dicto Fredegiselo non solum ex parentum consensu, verum etiam proprio arbitrio et voluntate donaverit, et majorem nuptialis pretii partem sponso adnumerante perceperit... »

Digitized by Google

droit au *wittemon*, ne dispose que des deux tiers [1]. Quant à la femme, qui se mariait pour la troisième fois, elle gardait le *wittemon* entier pour elle [2].

A côté du *wittemon*, appelé quelquefois *pretium*, *nuptiale pretium* [3], la loi burgonde mentionne la *donatio nuptialis* [4]. Cette donation nuptiale est-elle identique avec le *pretium* ou *wittemon*, est-elle une espèce de don du matin, ou bien est-ce un alliage étranger du droit romain, dont les lois des Burgondes nous offrent tant d'exemples?

Les textes s'opposent à la première opinion; car d'une part il est dit, qu'en cas de second mariage de la part de la femme, les parents du mari décédé peuvent réclamer le *wittemon* [5], tandis qu'en un autre endroit [6], la loi donne à la veuve, qui se remarie, l'usufruit de la donation nuptiale, en réservant la nue propriété au fils.

M. de Savigny [7] est de l'opinon, que cette donation est une institution romaine, qui s'est infiltrée dans les habitudes des Burgondes, et a fini par prendre place dans leurs lois.

Malgré cette grave autorité, nous pensons que la *donatio nuptialis* était chez les Burgondes, ce qu'était chez d'autres peuples la *morgengabe* : une donation que l'époux était libre de donner ou de ne pas donner à sa femme. Qu'on ne nous oppose pas, que le don du matin était le prix de la virginité, et que les veuves ne pouvaient pas avoir de *morgengabe*; cette manière de voir, quoique la seule dans

[1] *L. burg.*, t. LXVI.
[2] T. LXIX, § 2.
[3] T. XII, XIV, § 3.
[4] T. XXIV, § 1.
[5] T. LXIX, § 1.
[6] T. XXIV, § 1.
[7] *Hist. du droit rom. au moyen âge*, t. II, p. 6.

Digitized by Google

les temps primitifs, est loin d'être devenue une règle universelle dans le droit allemand [1].

L'émancipation de la femme avait fait encore un pas de plus dans la législation lombarde. Nous avons déjà exposé comment la femme était toujours dans le *mundium*, fille, femme ou veuve. Le prix, *meta* chez les Lombards, ne revient même plus en partie aux parents de la femme, comme le *wittemon* des Burgondes; la *meta* lombarde appartient en entier à la femme, ainsi que le don du matin (*morgincap*), que le mari pourrait lui avoir donné. Mais il était expressément défendu au mari, et à peine de nullité, de donner quoi que ce fût à sa femme en dehors de la dot et du don du matin [2], dont la loi elle-même avait fixé la limite; ainsi le maximum d'une dot était de 300 sols, les juges seuls pouvaient donner jusqu'à 400 [3]; quant à la *morgincap*, elle ne pouvait excéder le quart des biens du mari [4].

Enfin la loi des Visigoths, qui de toutes les Coutumes germaniques a subi le plus l'influence de la législation romaine, et qui professe sur le mariage les doctrines du *Corpus juris* et du Droit canonique, exige néanmoins le prix des fiançailles, que l'époux devait donner sous le nom de *dos* ou *arræ* [5]. Cette dot était limitée par la loi à un certain taux, et la femme ou ses parents ne pouvaient rien demander de plus. A défaut d'enfants, la femme pouvait disposer de sa dot après sa mort, comme bon lui semblait; mais

[1] Mittermaïer, *Gemein. deutsches Privatrecht*, § 348.

[2] *L. Luitpr.*, c. 102.

[3] *Ibid.*, c. 88.

[4] *Ibid.*, c. 7.

[5] *L. Visigoth.*, III, 1, 9 : « Ne sine dote conjugium fiat. Nam ubi dos nec data nec conscripta, quod testimonium esse poterit, in hoc conjugio dignitatem futuram? »

Digitized by Google

dans le cas où elle mourait *ab intestat*, la dot revenait au mari ou à ses ayants droit[1].

Ainsi depuis la loi saxonne, expression pure de l'élément germanique, jusqu'aux lois des Visigoths, où cet élément était près d'être absorbé par l'influence de Rome et de l'Église, toutes les lois des nations germaines ont basé l'union matrimoniale sur l'idée primitive, quoique parfois affaiblie, de l'achat de la mariée. Cependant la distance est déjà grande entre la loi du Bavarois et de l'Alleman, qui pose un *minimum* à ce que le futur mari doit payer aux parents, et celle du Lombard et du Goth, qui impose un terme à la libéralité du mari, en fixant un *maximum* à ce qu'il peut donner à son épouse.

La race scandinave, restée dans le nord de l'Europe et en dehors de tout contact avec les sujets de l'ancien Empire romain, avait conservé, et plus purs et plus longtemps, les antiques usages.

Les Sagas des Scandinaves qui, à l'instar des mythes grecs, doivent être considérées comme l'histoire du premier âge des peuples du Nord, abondent en exemples et en preuves de l'acquisition des mariées soit par de l'argent, soit par une prestation de travail. De même que Jacob dut travailler pendant quatorze ans pour son beau-père Laban, afin d'obtenir Lia et Rachel, de même le héros Gunlaug est obligé de courir les aventures pendant trois ans afin d'obtenir la main de Helga son amante[2].

Le prix payé lors des fiançailles s'appelle *mundr*, ce qui rappelle le *mund*, *mundium* des Germains, pris souvent dans le sens de la garde ou tutelle, et dans celui du prix qu'on payait pour l'acquérir. La femme légitime devait être achetée

[1] *L. Visigoth.*, III, 1, 5 : « De quantitate rerum conscribendæ dotis. »
[2] *Gunlaug-Saga*, p. 80 et 150. *Eyrbyggia-Saga*, c. 23.

Digitized by Google

(*mundi keypt*[1]); le contrat de fiançailles s'appelait *kaupmali*[2], *brûdkaup*[3], mot dont on ne peut contester l'affinité avec l'allemand moderne *Brautkauf*, achat de la mariée. Aussi les anciennes traditions et les premières Coutumes écrites s'occupent beaucoup de celui qui, dans la famille, avait le pouvoir de fiancer ou de marier les filles[4]. C'était d'ordinaire le mâle le plus proche, et le fils majeur avait ce droit sur sa mère. A défaut de mâles, c'était la mère ou la plus proche parente[5].

Un trait qui montre toute la naïveté des premières lois de la Scandinavie, c'est ce ton paternel, qu'elles emploient à exhorter les hommes à ne plus enlever de force leurs épouses; ce qui prouve en même temps l'universalité de cette coutume dans l'Europe septentrionale[6].

Un témoignage historique remarquable, qui démontre, comment l'achat des femmes a été considéré comme le moyen le plus efficace de remplacer les unions irrégulières par des mariages stables, nous est livré par Saxo Grammaticus[7]. Les Ruthéniens ayant été vaincus, Frotho les engagea

[1] *Egils-Saga*, c. IX. *Nials-Saga*, c. X, XIII et XXVII.

[2] *Nials-Saga*, c. IX et XIII.

[3] Grimm, p. 42, cite des monuments qui vont jusqu'au quinzième siècle, desquels il appert, que la coutume d'*acheter* la femme ou la fiancée était en usage en Allemagne.

[4] Le *mundwald* des Germains. *Fastnandi*, *giptaman* chez les Scandinaves.

[5] *Gragàs*, I, 305; *Jonsbok*, p. 91; *Loi de Jutland*, I, 33; *Collection des lois norwég.* de Paus, I, 67; II, 168. *Collection des lois suéd.* de Collin et Schlyter, II, 96.

[6] Helsingalagh, sect. *des succ.* fl. 1. Hæstmannalagh, sect. *des success.*, fl. 1.

[7] V. p. 88 : « Ex imitatione Danorum, ne quis uxorem nisi emptitiam duceret, venalia siquidem connubia plus stabilitatis habitura censebat, tutiorem matrimonii fidem existimans, quod pretio firmarentur. » Saxo Grammaticus, membre du clergé danois, écrivit ses annales dans la dernière moitié du douzième siècle; il mourut en 1205.

Digitized by Google

vivement à acheter désormais leurs femmes à l'instar des Danois, puisque là où il intervient un prix, il y a plus de stabilité dans le mariage.

Le principe de l'achat de la mariée s'est conservé dans les premières lois des Islandais, des Norwégiens, des Suédois et des Danois, et cela longtemps encore après leur conversion au christianisme.

Toute femme légitime devait être achetée (*mundi keypt*), et tout enfant était considéré comme bâtard, s'il était issu d'une mère qui n'avait pas été achetée pour un marc au moins [1].

Dans la Laxdœla-Saga, Hoskuld voulant acheter une femme au marchand russe Gilli, est obligé de la payer trois marcs, le triple du prix, ajoute la légende ; encore cette femme est-elle muette [2].

La *Gulathingslow*, loi promulguée vers le milieu du dixième siècle par le roi norwégien *Hakon Adelsteen*, exige la même condition pour la légitimité des enfants, et fixe également un taux au-dessous duquel le *mundr* ne peut descendre [3]. Même exigence du prix d'achat pour la validité du mariage dans le Jonsbok, code du treizième siècle, et qui avait force de loi tant en Islande qu'en Norwège [4].

Des dispositions analogues se retrouvent dans les anciennes Coutumes de la Suède et du Danemarck [5].

Trois points méritent une observation particulière dans le droit scandinave : la position plus élevée de l'épouse, qui

[1] *Gragàs*, I, 370.

[2] *Laxdala-Saga*, p. 30.

[3] Grimm, *Litteratur der Altnord. Gesetze* (*Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft*), t. III, p. 93.

[4] *Jonsbok* (édit. de Copenhague de 1763), p. 89.

[5] Saxo Grammaticus, liv. V, 88. Gans, *Erbrecht*, IV, 640 et 656.

Digitized by Google

reçoit elle-même le *mundr*, comme chez les Visigoths et les Lombards; le prix qui finit par devenir symbolique, la loi se contentant d'un simple marc, ce qui rappelle le *solidus et denarius* des formules franques; enfin la limitation de ce que le mari peut donner à sa femme comme don du matin [1].

Cette préoccupation naturelle du législateur à prévenir les écarts que le jeune époux pourrait faire aux dépens de ses autres héritiers, dans les premiers transports d'un amour satisfait, se retrouve, ainsi que nous l'avons vu, dans plusieurs lois germaniques, chez les Lombards, les Francs, les Visigoths. Ce terme imposé à la libéralité de l'époux se légitime par sa profonde sagesse et par sa connaissance du cœur humain; aussi nous ne sommes pas de l'avis d'un illustre savant [2] qui pensait que cette défense avait été empruntée au droit romain; d'autant plus que son argumentation était basée sur l'absence complète d'une semblable disposition dans les lois scandinaves, tandis que ce point se trouve virtuellement en contradiction avec la législation norwégienne, que nous venons de citer [3]. Or, il est un fait hors de contestation, c'est que les anciennes lois scandinaves n'ont eu à subir aucun contact avec les idées et les doctrines du droit romain.

Si maintenant nous pouvons considérer comme un point acquis, que les races scandinave et germanique suivaient les mêmes règles fondamentales en fait de mariage, et que l'achat de la femme a été parmi ces deux races, à la fois la base

[1] *Jonsbok* (édition de Copenhague de 1763), p. 91.

[2] Gans, *Erbrecht*, III, p. 205.

[3] Sur ce point, nous revenons à une opinion contraire à celle exprimée dans nos *Etudes histor. sur le droit civil français* (V. *Revue de législat.*, avril 1843, p. 403). Ce changement d'opinion est dû à une étude plus approfondie des anciennes lois scandinaves.

Digitized by Google

et le commencement de l'union légitime des sexes; quel est l'état de la question parmi la race celte ou gauloise? Cette race, qui a peuplé une grande partie de l'Europe, mais dont l'importance s'est amoindrie à mesure que celle des Romains et des Germains s'est élevée, a-t-elle également suivi la marche générale des autres nations, c'est-à-dire, le principe du mariage a-t-il été chez les Celtes, comme chez les autres races, une acquisition de la femme par l'homme?

La circonstance, que les Celtes ne commencent à être bien connus dans l'histoire, qu'à une époque où leur civilisation était déjà parvenue à un très-haut degré, nous dirons même, où elle se trouvait dans un état de décrépitude, jette, il est vrai, un voile obscur sur les premiers rudiments de leur civilisation; mais si, par des travaux récents, on est d'accord sur l'origine de cette race; si, d'un autre côté, on a recherché ses institutions civiles dans les textes de lois, qui nous ont été légués par des nations d'extraction celte, on peut, sans encourir le blâme de témérité, se fixer sur les questions principales de leur organisation publique et domestique.

D'abord, l'origine asiatique des Celtes est aujourd'hui un fait incontestable; or, nous avons vu quelle a été la forme primitive du mariage chez tous les peuples de l'Orient. La plus simple logique veut donc, qu'à moins de fortes preuves contraires, le même principe ait dû être en vigueur parmi les Celtes. Or, non-seulement aucune preuve contraire n'existe, mais tout ce que nous connaissons des lois et coutumes gauloises nous démontre, que le mariage n'a pas eu chez eux d'autre base, que chez les Orientaux et les autres races qui ont peuplé l'Europe.

Ce que Jules César[1] a rapporté du régime des biens entre

[1] *De bello Gall.*, VI, 19 : « Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis no-

Digitized by Google

époux dans les Gaules, doit être réduit à sa juste valeur. D'abord, il faut bien se pénétrer que l'état de civilisation dans lequel se trouvaient les Gaulois, à l'époque de la conquête romaine, était de nature à exclure l'idée d'un achat réel des femmes, forme de mariage, qui ne se présente, que dans le premier âge des peuples. Ensuite, l'historien conquérant ne décrivait point la forme du mariage, mais le régime des biens entre époux. Ce régime indiqué par César, est, d'après nos idées modernes, une communauté d'acquêts combinée avec un préciput conventionnel. Il en résulte, que les femmes apportaient, il est vrai, quelques biens en mariage, ce qui n'a rien de contraire à l'esprit germanique, puisque nous avons vu que cela se pratiquait chez les Germains, et que plusieurs de leurs lois en faisaient une mention expresse. Ce qui donne une opinion bien plus nette de l'infériorité personnelle de la femme gauloise vis-à-vis de son mari, c'est le droit de vie et de mort, qu'il exerçait sur elle, et la torture qu'on faisait subir aux femmes comme aux esclaves [1], quand les parents du mari défunt suspectaient une mort violente.

C'est surtout depuis la publication des Coutumes galloises, d'abord par Wotton, en 1730, et récemment, en 1841, par les soins du gouvernement anglais, que les institutions et le caractère du droit celte ont pu mieux être étudiés. Ce sont les us et coutumes des peuples celtiques, que l'invasion des nations germaniques et scandinaves avait fait fuir dans les monts et les gorges du pays de Galles, et que leurs souverains indigènes avient fait rédiger. Les Coutumes de la

mine acceperunt, tantas ex suis bonis æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. »

[1] *Ibid.* : « De uxoribus in servilem modum quæstionem habent. »

Digitized by Google

partie méridionale du pays de Galles (*South-Wales*, anciennement *Dimetia*) donnent une idée assez parfaite du mariage celte. La femme y a le droit d'exiger trois dons de son époux : l'un à l'occasion des fiançailles, l'autre quand elle monte sur le lit nuptial, et le troisième en cas de rupture de mariage par le divorce.

La première donation, appelée dans les textes gallois, *amwabyr*, *amgobr*, et dans les textes latins, *amobragium*, *pretium*, est évidemment l'ancien prix d'achat de la mariée, transformé en une espèce d'arrhe, que la femme recevait elle-même. C'était, ainsi que dans les lois anglo-saxonnes postérieures, la preuve d'une civilisation plus avancée, ayant remplacé cet état où la femme est encore virtuellement acquise à prix d'argent.

La seconde donation, appelée *cowyllk* en gallois, et traduite par *covered*, don de la couverture, par les commentateurs anglais, est le don du matin des lois germaniques ; c'est le prix de la virginité, l'expression de la satisfaction du jeune époux.

Enfin l'*egwedi* est le douaire que le mari a fixé à sa femme pour le cas de divorce, et qui, chez les Celtes comme chez les Germains, paraît s'être confondu, en certains cas, avec le *pretium*[1].

Ces usages, en parfaite conformité avec ceux retracés par les Coutumes des peuples germaniques, constatent, que la race celte a suivi, dans le développement de l'institution du

[1] Les coutumes du South-Wales (*Dimetian Code*, tit. xx, § 33) mentionnent également les biens, que la femme apporte avec elle en mariage, le faderfium des Lombards, ainsi que la garde maritale sous laquelle se trouvait la femme mariée, et par suite de laquelle elle ne pouvait faire les actes importants de la vie civile qu'avec l'assistance de son époux. *Dimetian Code*, t. xx, § 16, p. 796 de l'édit. officielle de 1841.

Digitized by Google

mariage, la même marche que les autres fractions du genre humain.

Après avoir exposé les coutumes des races germanique, scandinave et celte, il nous reste, pour montrer l'universalité de l'achat des femmes chez les peuples de l'Europe, à exposer les habitudes de la race slave; race qui couvrait de ses innombrables peuplades le sol de l'Europe, depuis les frontières du Bas-Empire jusqu'à la Baltique, depuis les limites occidentales de l'Asie jusqu'à l'Adriatique et jusque dans le cœur de l'Allemagne ; car, bien plus encore qu'aujourd'hui, la Poméranie, la Prusse, le Mecklembourg, la Silésie et la Lusace, maintenant tous pays allemands, étaient habités jadis en grande partie par des peuples de race slave.

Le rapt des femmes a été un usage tellement répandu parmi les nations slaves, que leurs premiers législateurs se sont vus forcés de prendre les mesures les plus sévères contre ce crime. Le rapt et le viol étaient punis de mort parmi les Polonais, les Bohêmes, les Moraves et les Hongrois[1]. Le Statut de Lithuanie allait jusqu'à permettre aux parents de la victime, de tuer celui qui avait été pris en flagrant délit de viol[2].

Les anciens chants de noce témoignent surabondamment de cet usage d'enlever les femmes[3]. Des usages contemporains ont conservé jusqu'à nos jours les vestiges de ces anciennes mœurs, et les habitants riverains de la haute Elbe viennent encore aujourd'hui tout armés aux noces, et font semblant d'enlever les fiancées. Dans d'autres pays slaves, ce sont des paranymphes armés, qui assistent aux noces.

[1] Maciéiowski, *Slavische Rechtsgeschichte*, II, § 138, 145, 146.

[2] *Statut de Lithuanie*, XIV, 29.

[3] *Chronique de Nestor*, t. I, p. 161. Wila, *Serbische Hochzeitslieder, Vorrede.*

Digitized by Google

Comme partout, on a dû bientôt convenir d'un prix, d'une indemnité pour la fille enlevée; et, en effet, des témoignages historiques, les lois slaves des temps postérieurs, et quelques coutumes contemporaines s'accordent à confirmer l'usage de l'achat de la femme parmi la race slave.

Selon la chronique[1], il fut offert à la célèbre Libussa, reine de Bohême, comme dot, cent bœufs et trois cents vaches. D'après la chronique du moine Nestor, le premier historien russe, le grand prince Vladimir, après avoir forcé l'empereur grec (988) à lui donner sa sœur Anne en mariage, et après l'avoir obtenue sous condition d'embrasser la religion chrétienne, donna au frère de son épouse, le père étant mort, la ville de Cherson pour prix de la couronne (nuptiale)[2].

Ce même Nestor[3] rapporte que, de son temps encore, plusieurs peuplades slaves enlevaient leurs épouses, que, cependant déjà, ils faisaient à cet effet des conventions; ces conventions ne peuvent avoir été autres, que le règlement d'une indemnité du prix d'acquisition. Un autre point important, c'est la distinction que les Slaves faisaient, longtemps avant qu'ils eussent embrassé le christianisme, entre la femme proprement dite et la concubine ou esclave. Cette distinction, qui ne se fondait pas sur la bénédiction religieuse, puisque les Slaves ne l'ont adoptée qu'avec une grande difficulté, et longtemps après qu'ils étaient devenus chrétiens[4], ne pouvait se baser, que sur

[1] La chronique de Bohème, connue sous le nom de *Das Gericht der Libussa*, a été attribuée à la fin du sixième ou au commencement du septième siècle (596-622).

[2] Ewers, *Aeltestes Recht der Russen*, p. 226.

[3] I, p. 217.

[4] Encore au commencement du quinzième siècle, on se mariait en Rus-

Digitized by Google

les dons que l'époux donnait à sa femme ou à ses parents. Nous voyons à ce moment les Slaves dans un état analogue à celui des Parsis, des Hébreux, des Athéniens. Le principe monogame commençait déjà à se dégager, mais sans pouvoir encore vaincre la polygamie; ainsi se trouvait, chez les Orientaux, la femme principale à côté de la concubine; à Athènes, la μια αστὴ καὶ ἐγγυητὴ à côté de la ἑταιρα[1].

En Poméranie et en Bohême, la trace de l'ancien achat des femmes s'est longtemps conservée; le futur y donnait soit aux parents de la fiancée, soit à elle-même, des objets mobiliers en toute propriété; cette donation s'appelait *wiano*[2].

Les anciens Russes achetaient également leurs femmes. Le prix s'appelait *ja weno*, et il appartenait tantôt aux parents, tantôt à la mariée seule[3]. Ce que les documents slaves nomment *wiano* ou *weno*, les monuments écrits en langue latine l'appellent *dotalitium*. Puisant son origine dans l'ancien prix d'achat, il fut donné par l'époux à l'épouse, et doit être distingué avec soin de la *posag*, dot dans le sens du droit romain et de notre droit moderne, que la femme apportait au mari, et que nous avons rencontré sous le nom de προῖξ chez les Athéniens, et de *faderfium* chez les Lombards[4].

Les Slaves connaissaient encore une autre donation, que le mari faisait à sa femme, et qui, dans quelques pays, était

sie sans l'intervention de l'Eglise, quoique la religion chrétienne eût été adoptée avant la fin du dixième siècle. (Macieiowski, IV, § 270.)

[1] Voyez notre *Essai sur la législation des peuples anciens et modernes, relative aux enfants nés hors mariage*. Paris, 1843, p. 5-8.

[2] Macieiowski, II, § 193.

[3] Ewers, p. 226. Macieiowski, II, § 215.

[4] V. aussi *L. bajuv.*, VII, 14, 2. *L. allem.*, t. LV, 1.

Digitized by Google

appelée *addition au wiano* (*przywianek*); en Hongrie simplement *donation* (*darowniza*); en Lithuanie et en Masovie *donation pour la couronne* (*virginale*) (*podarunek za wieniec*). Quelques légistes ont voulu y voir le don du matin des Germains, à cause du nom qui rappelle le *pretium pulchritudinis*, *virginitatis* des formules[1]; toujours est-il, que ce don pour la couronne jouissait d'une protection toute spéciale en faveur de la femme[2].

Encore aujourd'hui, dans les pays trans-Carpathes, les fiançailles se font les jours de foire, et on donne alors aux parents de la fiancée un cadeau, qui rappelle l'ancienne tradition[3].

Nous croyons maintenant avoir surabondamment prouvé, que l'achat des filles fut la première formule de mariage du genre humain. Il remplaça l'état sauvage où l'homme ravissait l'objet de ses désirs; de même que les *compositions* ont remplacé la vengeance irrégulière et sauvage, et furent la première formule du droit pénal.

Ce que l'homme paya d'abord aux parents, était le prix d'une chose, car la femme commence par être considérée comme objet de volupté, avant de s'élever, par une émancipation lente et graduelle, à être la compagne et l'égale de l'homme; ou bien c'était la composition du rapt, si le consentement des parents n'avait pas d'abord été obtenu. Devenu ensuite prix du consentement, les parents sont obligés de le partager avec la fiancée même, là où son propre consentement commence à être nécessaire. L'amour fait naître la *morgengabe*, le don du matin; la reconnaissance et la prévoyance de l'époux et du père de famille, le douaire.

[1] Galland, *Du franc-alleu*, p. 321.
[2] Macieiowski, IV, § 285.
[3] Macieiowski, II, § 189.

*

Digitized by Google

Le christianisme ayant donné au mariage la nature d'un sacrement, fit complétement disparaître l'ancienne forme de contrat; l'idée de l'achat disparut, mais le douaire, que les capitulaires, les conciles et toutes les lois des nations modernes ont considéré comme un des points les plus essentiels du régime des biens entre époux, est né de l'ancien prix d'achat et du don du matin.

L.-J. Kœnigswarter,
docteur en droit.

Digitized by Google

DE LA LOI ÉCRITE ET DE SON APPLICATION.

§ I. — Des lois politiques.

Il ne faut pas un grand effort d'attention pour reconnaître qu'il ne peut pas y avoir de constitution politique, ni même de bonnes lois civiles *a priori*, et que les sociétés ne se font pas au son des lois, pas plus que les villes ne se bâtissent au son de la lyre. Les lois ne sont pas le patron des sociétés, ce sont les sociétés qui doivent servir de patron aux lois. En général, on a mal réussi d'écrire hâtivement des lois pour des besoins encore indécis, d'en improviser de nouvelles après chaque secousse politique, ou d'en commander à des savants, ou d'en emprunter de toutes faites à ses voisins.

Nous avons peine à comprendre aujourd'hui la force d'initiative de quelques législateurs de l'antiquité, mais il y eut peut-être chez eux moins d'inspiration que nous ne le pensons. A une aussi grande distance, de simples réformations nous apparaissent souvent comme des créations nouvelles. Le passage des temps héroïques ou fabuleux aux époques qu'éclairent les premières lueurs de l'histoire demeurera toujours bien obscur, malgré la hardiesse de nos investigations. Nous connaissons mal les relations de la fière législation de Lycurgue avec les mœurs antérieures et le passé de Sparte. Les recherches modernes nous ont fait mieux apprécier les complications de la législation d'Athènes, et permis d'entrevoir quelque liaison des premières institutions de Rome avec les lois de la vieille Italie. Surtout dans

Digitized by Google

de petites républiques où l'effort de l'assimilation nationale n'est ni pénible, ni long, il est une époque, plus ou moins voisine de la fondation, où de fortes créations législatives peuvent être tentées. Chez tous les peuples il est des moments où des changements politiques deviennent possibles, nécessaires même.

C'est un fort beau livre que celui que M. le comte de Maistre a écrit sur le principe générateur des constitutions; mais ce puissant esprit se laisse emporter à des idées préconçues. Pour emprunter le langage de l'un de ses contradicteurs, *il n'avait reçu d'oreilles que pour entendre la voix des siècles écoulés, et il ne distinguait pas le cri si parfaitement articulé de l'avenir.* Ses idées et sa colère eurent leur utilité à une époque où la France venait de faire je ne sais combien de constitutions du jour au lendemain. Je conseille encore à celui que sa pensée conduit à des convictions contraires de se prémunir contre l'entraînement par la lecture de son livre.

Quand vous me demandez si les premières lois de l'association humaine, ou si les langues elles-mêmes ont pu se former seules, je réponds que je n'en sais rien. Il est plus probable que les choses se sont passées comme vous le dites, et comme de respectables traditions semblent nous l'enseigner; mais le mode de cette action primitive nous demeure tout à fait inconnu; aujourd'hui encore, les règles de cette immense justice et de cette grande intervention sont hors de toute mesure avec la faiblesse de notre vue; il y a folie à les nier, il y a folie à prétendre les connaître. On ne peut se refuser à admettre que le principe social et par une conséquence presque immédiate celui d'une autorité quelconque ne soient de droit divin. Les hommes ayant été créés pour se réunir et s'aider, la lente formation des sociétés n'a pu

Digitized by Google

se faire que conformément à la nature de l'homme. L'effort social, les événements généraux aboutissent de manières bien subites et bien diverses. Or, comme on ne saurait croire que les lois de la Providence ne sont pas uniformes et antérieures, pour ne pas être obligé de supposer que la Providence n'a pas prévu les mauvais résultats, il faut conclure qu'elle a laissé à la liberté humaine de les produire. Les sociétés, aussi bien que les individus, ont donc leur libre arbitre, et, comme celui-là aussi a eu son jeu tout entier, c'est comme un travail humain qu'elles nous apparaissent et que nous pouvons seulement les juger.

On risque trop de se tromper en raisonnant des choses de Dieu aux choses des hommes, et de sa toute-puissance à nos misères. Sans doute on conçoit mal Dieu écrivant ou dictant sa loi, mais Moïse écrivit les tables de la loi en descendant du Sinaï. Le législateur des chrétiens, s'il est permis de lui donner le nom de législateur, n'a pas minuté la loi nouvelle, mais quelques disciples écrivirent l'Évangile; et, quand ce grand germe fut jeté dans le monde, voyez à combien de commentaires, combien de livres, combien de lois il a vite donné lieu!

Il faut descendre de ces hauteurs, pour reconnaître que les premières lois des nations ne s'écrivent pas. C'est la nécessité, c'est le besoin, c'est la force, ce sont des circonstances diverses qui ont fait les premières règles de l'association. On comprend assez généralement aujourd'hui que les systèmes qui se mettaient en quête d'un contrat social originaire s'égaraient de cela seul. On fouillerait toutes les archives du monde sans y trouver vestige d'un de ces pactes primordiaux.

Tant que dure même le travail de cette unité nationale, *en vertu de laquelle une nation n'est pas une autre*, il est assez

Digitized by Google

difficile d'écrire des constitutions, de poser des règles à ce qui s'élabore, ce qui s'essaye encore. Tant que le pouvoir est incertain, tant que son despotisme même est encouragé et devient un auxiliaire ou un refuge contre des maux plus grands, il n'est guère possible qu'on songe à le définir. Les grandes nationalités modernes s'achèvent à peine; beaucoup de peuples, même en Europe, ne sont encore que juxtaposés. La nationalité française, que nous vantons comme la plus complète, en confondant les idées de nationalité avec celles d'unité, et celles d'unité avec celles de centralisation, n'est pas d'aussi fraîche date que nous le disons. Mais enfin, on n'a pu pendant longtemps écrire une constitution, même monarchique, en face de cette sorte de constitution de la féodalité beaucoup plus forte, que tout le monde s'accordait pour combattre, et dont les racines vivent encore dans le sol après plusieurs siècles employés à les en arracher. On n'aurait pu que tracer le plan d'une lutte et calculer les vicissitudes d'une longue guerre. Mais quand l'unité nationale se trouva faite, le pouvoir monarchique demeura seul en face du peuple. Il ne sut pas se faire accepter dans ces conditions nouvelles.

Ce pouvoir, resté sans contre-poids, jeta d'abord un grand éclat, grâce à l'homme dans les mains duquel il tomba. Mais les deux règnes qui suivirent celui de Louis XIV furent une sorte d'interrègne, pendant lequel la société marcha d'un mouvement donné; on ne gouvernait, ni on ne régnait en réalité. Tout ce temps se passa en indécisions, en tiraillements, en sarcasmes. Personne ne pouvait dire où étaient les bornes du pouvoir. Tous les droits venaient en flottant se livrer à la discussion. On ne fit rien pour préparer la transformation dont les faits avaient depuis un siècle amené le moment, et, quand on voulut assembler les États géné-

Digitized by Google

raux sur les errements du passé, voyez comme les choses se sont vite transformées d'elles-mêmes! Ainsi, l'égalité des droits et des charges était à peu près conquise depuis longtemps; seulement on tardait à la proclamer, on caressait des priviléges vaincus, on leur tolérait de grands airs. On arriva par ces retards à ces époques où rien ne sert plus, où les concessions, où la justice même n'ont plus d'à-propos. Voyez ce qu'on a fait depuis 60 ans, avec quelques mots, avec quelques formules, sans même trop se préoccuper de tenir parole.

Ce n'est pas une question politique que nous avons eu la prétention de traiter, en cédant à l'analogie qui existe sous beaucoup de rapports entre les lois politiques et les lois civiles d'un peuple. Tant que les collisions des intérêts privés ne sont pas trop fréquentes et qu'elles se peuvent apaiser avec le seul secours de l'équité naturelle, on peut se passer de lois civiles écrites; mais quand la complication des faits sociaux multiplie les causes de méprise, et que la confiance dans l'arbitrage du juge en est ébranlée, le besoin de lois fixes ne tarde pas à se faire sentir. On peut pareillement s'en tenir à la constitution qui est sortie d'elle-même du travail social, tant que les éléments politiques ne s'entrechoquent pas, tant que les abus n'ont pas trop grandi, ou tant que des circonstances impérieuses les font tolérer. Mais quand les raisons du pouvoir cessent d'être crues, quand les impatiences et les tiraillements se succèdent et qu'on est obligé de recourir trop souvent à la force de compression, il ne faut pas craindre de vérifier la machine politique pour régler ses mouvements; il ne faut pas craindre d'enlever les causes de révolution par la peur même des révolutions.

L'autorité étant une chose nécessaire, mais non parfaite

Digitized by Google

de soi et exempte d'abus, il est rationnel qu'elle soit tempérée et réglée autant qu'elle peut l'être. Mais les tempéraments qui ne sont pas fixes et passés en lois dépendent toujours des hommes qui se succèdent au pouvoir, et lors même qu'ils auraient poussé assez de racines dans les mœurs pour opposer quelque résistance, leur incertitude se mêlant avec l'incertitude du pouvoir, le secours d'une loi écrite devient nécessaire; il peut être insuffisant, mais il ne saurait d'ailleurs être dangereux. Quand il surgirait des faits imprévus en dehors de la loi, ils ne peuvent pas être tout à fait sans rapport avec les lois existantes et les faits prévus. Toute confusion ne peut pas être évitée, elle peut être amoindrie.

Il est tout aussi déraisonnable de prêter au pouvoir une modération toujours habile, une intelligence toujours sûre des événements, qu'il peut l'être de supposer aux nations une perfectibilité sans bornes, des lumières toujours sûres et des vertus à toute épreuve. C'est le vice de toutes les discussions générales sur la meilleure forme de gouvernement: les républicains se croient toujours à Sparte ou dans les premiers temps de Rome, et ils n'ont pas de peine à démontrer la supériorité d'une bonne république sur une mauvaise royauté. Les partisans de la monarchie à leur tour placent des Marc-Aurèles sur tous les trônes, et ils triomphent de la comparaison d'un règne paternel avec une sanglante anarchie. Mais l'anarchie est la violation de la constitution républicaine, comme le despotisme, de la monarchie; et l'on ne peut pas conclure contre une loi de sa violation. L'anarchie est le despotisme du peuple, comme le despotisme est l'anarchie du pouvoir. Le principe démocratique est plus près de l'anarchie, comme le principe monarchique est plus près de la tyrannie. Le besoin d'une loi qui les contienne, qui les préserve, ressort du fond même des choses.

Digitized by Google

Nous disons que les dogmes s'usent et finissent, nous disons mal. Aucun principe, aucune forme de gouvernement n'étant inaltérable, aucun dogme politique n'étant vrai d'une vérité absolue, il est permis de les laisser hors de discussion, de les appeler même divins, tant que leur application est juste aux événements et au temps. Les dogmes politiques ne meurent pas, puisqu'ils reparaissent alternativement depuis l'origine des sociétés, ce sont les faits qui changent. Il y a bien une lassitude des longues choses, une impatience naturelle des choses imparfaites; les sociétés comme les hommes ont des appétits déréglés, des désirs parfois insatiables, des illusions décevantes. Les idées générales, par la loi même de leur formation, sont loin d'être exemptes d'erreur; on aurait tort d'y chercher toujours une règle sûre, on aurait tort de n'en pas tenir grand compte.

Quand le respect était coutume, le gouvernement se pouvait faire derrière le rideau. Mais quand l'examen, d'abord craintif et partiel, est devenu général, quand la discussion a tout envahi, aucune délibération ne peut plus être cachée, aucun motif déguisé. Il faut raisonner forcément avec les sociétés raisonneuses, philosopher même avec la philosophie. Il faut alors régler beaucoup de choses par les lois, ce qui ne veut pas dire qu'il faut faire beaucoup de lois, mais des lois plus sûres et plus explicites. C'est parce qu'on ne croit plus qu'il faut mieux choisir les choses auxquelles il est encore possible de croire; c'est parce qu'on ne respecte plus le pouvoir quand même, qu'il doit se rendre plus respectable; c'est parce qu'on est porté à lui refuser la confiance, qu'il doit se montrer plus scrupuleux et se rendre plus utile.

Il y a toujours moyen de reprendre les sociétés en sous-œuvre et de garder la supériorité dans la direction. Tout ce

Digitized by Google

qui n'est que relatif est nécessairement mobile et progressif. Le progrès est ainsi la loi de la faiblesse humaine, la condition de son imperfection. Par cette loi fatale du progrès, les gouvernements placés à la tête des sociétés sont condamnés à marcher en avant. Arrivé même à ces phases sociales où, de déception en déception, les peuples s'individualisant n'ont plus d'autre culte sincère que celui de la richesse et de l'intérêt privé, le rôle des gouvernements est de ne pas subir le rapetissement général. On n'a pas besoin de creuser beaucoup pour se convaincre que le dogme véritable, le vrai dogme conservateur des intérêts, c'est la justice, et que, sur le tumulte de tant d'ambitions, la loi doit s'élever plus inflexible et plus nette. C'est l'incurie que l'on apporte à dégager les intérêts généraux, c'est la partialité, c'est l'abus plus intempestif des secours ou des priviléges sociaux, c'est le refus ou le retard de la réforme des abus démontrés qui ouvrent alors ces perspectives illimitées d'amélioration, et ces théories radicales, étonnées d'apparaître au milieu de l'égoïsme général : rêves d'un autre temps ou spéculations nouvelles au milieu de tant d'autres spéculations.

Les époques où des changements ne se peuvent éviter, où les conditions du pouvoir ne sont plus en rapport avec les besoins ou, si vous voulez, avec les passions sociales, arrivent plus tôt ou plus tard. Les réactions qui l'emportent sur l'habitude, et auxquelles il faut savoir obéir, se pourraient presque définir et classer avec certitude; elles se peuvent le plus souvent distinguer des autres. Ce n'est pas par la durée des institutions qu'il faut se décider; il faut se rendre sans cesse compte des résultats sociaux, étudier les impulsions étrangères, démêler les intérêts sous le masque des croyances, et se tenir en observation constante. — Il y a des nécessités politiques qui peuvent souvent n'être pas de

Digitized by Google

bonnes choses, mais qui ne laissent pas d'être impérieuses.

Tant que la constitution sortie spontanément du fond des choses peut durer dans un état, il n'est pas nécessaire de l'écrire. Si les changements que des faits nouveaux réclament se font même graduellement et à temps, on peut vivre sur des précédents mêlés de quelques lois partielles successives; mais ce sont là des cas fort rares. Nous sommes en général bien loin aujourd'hui de ces temps où les constitutions se pouvaient confier au bon vouloir des gouvernants et à la bonne foi des peuples. Quand surtout la trame a été rompue, quand les changements se sont faits brusquement, il faut les constater. Concevez donc que si, pendant les luttes politiques que la France a traversées depuis plus d'un demi-siècle, elle fût demeurée sans constitution, le mal eût été encore plus grand. Dans un pays où la moindre loi civile, où le plus petit règlement de police n'est obligatoire que tout autant qu'il est formellement écrit, se fier à la tradition, ou même à la souveraineté de la raison, ce serait voguer de dessein arrêté vers les écueils.

Prise dans ses termes actuels, la question ne veut pas même être discutée. Le premier effort de nos révolutions a toujours été une constitution; chaque changement a amené la sienne. Le pouvoir ancien n'a reparu que pour octroyer une charte; après sa chute, quelques hommes se sont pressés d'en improviser une pour nous l'octroyer à leur tour. Quand la république a été proclamée, c'est une constitution que nous avons demandée, et chacun des peuples de l'Europe, qui s'élancent vers des destinées nouvelles, ne saurait s'empêcher de faire une constitution. Elles ne sont pas la fin des révolutions, elles n'en sont pas la cause, elles en sont la nécessité. C'est le seul refuge qui reste contre la

Digitized by Google

tempête, et parce qu'il n'a pas toujours résisté, ce n'est pas une raison d'y renoncer, c'en est une de le fortifier.

C'est en partie, c'est souvent parce que les constitutions politiques étaient insuffisantes et incomplètes qu'elles ont été emportées plus vite. Il ne faut pas se hâter de porter un jugement sur les gouvernements représentatifs, terme moyen entre le principe populaire et le principe monarchique. Cette forme mixte, empruntée brusquement à un Etat où elle avait été préparée de longue main, ne fournira peut-être qu'un temps d'arrêt aux peuples de l'Europe. Ce que nous voulons dire, c'est que les constitutions ou les chartes autour desquelles la France s'est ralliée pendant trente ans, avaient peut-être le tort d'omettre les principes les plus essentiels et de laisser trop de choses dans le vague. Ainsi, pour prendre un grand exemple, croyez-vous qu'il n'eût pas mieux valu dire nettement où résidait la souveraineté et régler le pouvoir constituant, que de passer ces terribles questions sous silence? Est-ce que ce sera le moment d'organiser ce recours suprême le lendemain d'une catastrophe, et de fortifier des frontières après qu'elles auront été franchies? Nous avons vécu tout ce temps dans la même incertitude qu'avant 1789; nous disions : c'est le peuple, c'est le roi, c'est la Chambre des députés, c'est vous, c'est nous, c'est tout le monde. Même avec deux éléments contraires, ou plutôt parce qu'on mêlait deux éléments hostiles, il fallait poser des règles. Beaucoup de révolutions eussent peut-être été évitées, si les conflits eussent été mieux prévus.

Une nation ne saurait vivre sans savoir où repose chez elle la souveraineté. Si l'on ne veut pas que cette souveraineté soit sans cesse envahie, il est sage de tenir en réserve un pouvoir différent des pouvoirs ordinaires, un pouvoir constituant, qui puisse en quelque sorte servir de soupape de

Digitized by Google

sûreté. Il eût suffi souvent de formes plus lentes ou plus solennelles assignées d'avance à un changement de la constitution pour éviter sa destruction.

Les corps créés par une constitution n'ont pas plus le droit de la changer, que les tribunaux n'ont le droit de changer la loi civile pour l'application de laquelle ils ont été institués ; ils font des lois en vertu de cette constitution, ils n'en sauraient faire contre elle. Trois pouvoirs n'ont pas plus qu'un seul ou que deux le droit de se mettre en révolte contre la constitution. Ce qui se fait par cette voie est une usurpation et en appelle d'autres. — L'usurpation est venue, depuis soixante ans, aussi souvent des assemblées que du pouvoir.

Dans la Constitution de 1848, la souveraineté était du moins apparente et hors de doute; c'était son exercice seul qu'il fallait régler. Une souveraineté immense, toujours présente, toujours prête à agir, est le danger de la forme républicaine. C'est une amélioration que d'avoir séparé le droit constituant du droit législatif. Peut-être une séparation plus profonde et d'autres garanties pouvaient-elles être essayées, mais le principe restera. Des perspectives nouvelles ont été ouvertes, sinon explorées. Le travail des idées générales paraissait plus avancé qu'il ne l'était réellement; la faiblesse est née surtout du tumulte du moment et de celui des idées. Heureusement, il n'y a plus de nos jours de transformation sociale à faire par les constitutions ni par les lois ; les gouvernements modernes sont à la suite des sociétés ; les sociétés ne sont plus à la suite des gouvernements, mais la menace d'une transformation sociale a pesé sur notre constitution politique.

Il y a deux phases dans la législation écrite, politique ou civile : celle de la loi partielle et celle de la codification.

Digitized by Google

Mais il y a un inconvénient attaché aux transformations politiques qui se font brusquement, et l'impatience générale voudrait toujours arriver d'un coup. L'exemple du passé aurait dû nous avertir du danger de ces codifications hâtées. Au lieu d'une série de renvois à des lois organiques, il eût été peut-être à désirer que le bagage constituant ne se fût pas chargé de principes secondaires, et que la loi constitutionnelle se fût bornée aux principes généraux et à la forme du gouvernement, sauf à déposer les principes spéciaux en tête de chacune des autres lois. Placées plus près des besoins sociaux ordinaires, les règles financières, judiciaires, administratives sont plus exposées aux changements. Ne surchargeons pas une construction à laquelle on ne saurait changer une pierre sans ébranler l'édifice entier.

Ne nous laissons pas entraîner nous-même à chercher les lois politiques qu'il faudrait faire, lorsque nous avons seulement entrepris de prouver qu'il est indispensable aujourd'hui d'écrire celles qui sont à faire. Nous en avons dit assez pour faire comprendre que l'absence de lois constitutives, quand l'heure en est venue, ou même après qu'elles ont été écrites, leur indécision ou leur insuffisance laissent flotter l'avenir des sociétés. L'innovation dans les lois politiques a d'autres dangers que celle des lois civiles; mais l'idée qu'un changement dans ces lois ne saurait devenir nécessaire est sœur de celle qui laisse passer le moment des constitutions.

Le même abus que nous allons retrouver dans l'application des lois civiles s'est produit dans l'ordre politique, avec cette différence que les révolutions tenaient ici la place d'une Cour de cassation. Nous avons vécu plus d'un demi-siècle sur la jurisprudence et sur le précédent des révolu-

Digitized by Google

tions. C'est trop longtemps, si l'on ne veut pas les laisser s'établir en coutume, et si l'on veut les faire disparaître enfin de l'ordre du jour des nations. Le repos des nations ne se peut garantir aujourd'hui que par des améliorations législatives constantes, en marchant en avant, en écrivant même pour les éventualités révolutionnaires des lois comprises des peuples. Le contrat social, cette hypothèse chimérique des sociétés naissantes, est bien réellement devenu la nécessité des sociétés qui grisonnent.

§ II. — De la loi civile et de la jurisprudence.

C'est la question que nous avons eu surtout en vue de traiter, après avoir traversé la question politique et marqué la liaison.

Presque toutes les choses humaines ont leur action et leur réaction. Quand la codification est opérée chez une nation, il doit se produire successivement deux mouvements en sens opposé : elle développe d'abord un plus grand respect de la loi qui vient d'être réunie en un corps de doctrine; l'orgueil humain ne manque pas de croire le monument complet et durable; dans les premiers temps qui suivent, la magistrature obéit à cette loi qu'elle étudie encore et elle l'applique avec un scrupule qui s'exagère quelquefois. Mais bientôt on s'enhardit, on se familiarise, les imperfections se découvrent; l'esprit de l'homme et l'esprit de corps aidant, on ne craint plus de toucher à l'arche. Nous ne sommes pas aujourd'hui séduits seulement par les rêveries allemandes, nous sommes arrivés à cette seconde époque de la codification où l'irréligion finit par s'ériger en système. On prêche de tous côtés des doctrines qui exagèrent la puissance de la jurisprudence et qui, aidées de la faiblesse d'i-

Digitized by Google

nitiative de nos gouvernements encombrés, finiraient par compromettre notre codification même.

La thèse primitive devrait se formuler à peu près comme pour la question précédente : une règle de droit civil inflexible et posée d'avance offre-t-elle en somme moins de chances d'injustice que l'arbitraire de l'homme, en supposant même que l'on pût soumettre celui-ci à des précautions de choix, de discussion, de recours, et à toutes les garanties autres que celles d'une loi fixe? Il est incontestable que l'appréciation libre des faits a été la première justice des sociétés, et qu'il a fallu apprendre à écrire avant d'écrire des lois; dans les époques même de civilisation, il ne se peut contester que, les faits se diversifiant, l'application d'une règle invariable doit produire quelquefois des injustices, qui sont un mal individuel dont le total devient un mal général; l'âme des juges doit quelquefois saigner, en appliquant le froid acier de la loi à beaucoup de ces faits. Mais les sociétés sont bien souvent placées dans l'alternative du choix entre deux vérités relatives. De quelques précautions qu'on l'entoure, l'arbitrage de l'homme n'offre-t-il pas des chances d'erreur au moins aussi nombreuses et aussi fâcheuses qu'un jugement fondé sur la loi? Si les rois étaient toujours bons, si les juges étaient toujours éclairés et sages, il serait permis de soutenir qu'il vaut mieux s'en remettre à leur décision, et que les intérêts ne réclament d'autre code que celui de la morale et de la philosophie. Mais comment dire toutes les fascinations, toutes les causes de trouble qui viennent assiéger le cœur et l'esprit de l'homme?

Il est facile de vérifier que la marche progressive des sociétés nous conduit, par une pente irrésistible, à substituer l'empire des lois à celui de l'homme. Ces trois principes d'association, d'autorité, de justice, sont les néces-

Digitized by Google

sités corrélatives de toute société. La justice est aussi une notion innée, et le droit n'est que la science du juste ; il doit passer à l'état de science, comme tant d'autres notions, en s'éloignant de sa simplicité première. Le principe de la justice, avant qu'on songeât à écrire des lois, existait remis à des magistrats arbitres; mais, outre que le règne des juges a été plus court que celui des rois, à mesure que les sociétés ont marché, les faits, qui pouvaient donner lieu à des jugements, ne se sont pas seulement multipliés, ils se sont compliqués. Il a fallu dès lors se prémunir, non-seulement contre les erreurs personnelles de l'homme, mais contre celles qui naissaient de la confusion des faits, de l'intrigue et de la mauvaise foi des plaideurs. Sauf quelques gouvernements dont le despotisme compliqué de théocratie étendait la fatalité de son principe aux formes judiciaires, et où l'empire d'une loi, même écrite, eût été d'ailleurs paralysé par la puissance d'une volonté dominante, toutes les sociétés ont dû entrer de plus en plus en méfiance de l'homme, et elles ont tendu à régler autant que possible par des lois les intérêts particuliers.

Le frottement d'une justice arbitrale ou imprévue ne serait pas seulement plus gênant dans un grand mouvement d'intérêts, il deviendrait impossible ou périlleux dans une société sceptique. La loi y est discutée, mais on la subit mieux qu'on n'y subirait le jugement d'un homme. Le métier de juge finirait par y devenir trop difficile, s'il ne s'abritait derrière des lois écrites; et il est des époques où des chances de gain plus incertaines pourraient créer une industrie des procès aussi active que les autres industries. Les lois écrites sont les seuls pivots autour desquels les sociétés avancées peuvent se mouvoir, et les meilleures dans un pareil état de choses sont celles qui peuvent être

Digitized by Google

le mieux sues, le mieux connues et calculées par tout le monde.

Une fois entré dans cette voie, il n'y a plus à reculer. Le système de la loi fixe étant donné, elle doit tendre à se compléter le plus possible, même après l'époque d'une codification. On n'a plus guère à discuter que sur le mode d'application de la loi écrite, et si l'on nous permet d'envisager la question d'une manière générale, on peut entrevoir que, même en principe et abstraitement, la condition rigoureuse de l'efficacité de la loi, le succès du système des lois écrites doit se trouver dans l'assujettissement des jugements au texte de ces lois. Avant même d'entrer dans les détails, sans attendre le secours de la pratique et de l'expérience, on peut déjà se convaincre que le mélange des deux systèmes est antipathique et irrationnel.

Il y a des choses contraires qui ne se corrigent pas, et qui ne peuvent que se détruire en s'alliant. Un bon terme moyen est chose rare dans ce monde, et il n'est guère possible entre deux principes dont l'un est la négation de l'autre. Par la force même des choses, la combinaison de la loi écrite et de l'arbitraire de l'homme est plus chanceuse, plus ingouvernable que chacun des deux principes isolés. La loi et l'homme ne sauraient régner ensemble; l'un est fixe, l'autre est mobile. Il serait impossible de tracer des règles par une loi à la faculté reconnue de s'écarter de la loi. On peut bien créer dans la loi même des exceptions à son application; mais un principe général d'arbitraire ou de liberté, de latitude même dans l'application de la loi, ne se saurait écrire, encore moins se régler. L'unité, autant qu'elle est faisable en cette matière, l'assurance ne se peuvent trouver que par l'adoption de l'un des deux principes à l'exclusion de l'autre.

Digitized by Google

La distance est immense d'un jugement qui ne laisse que le fait à débattre, et qui est écrit d'avance dans la loi elle-même ou dans sa déduction rigoureuse, à un jugement dont le magistrat est le maître. On dit à ce magistrat nouveau de fermer son cœur; on ne fait appel à sa conscience que pour qu'elle garde fidélité à la loi; on a voulu rompre cette correspondance mystérieuse qui existait entre l'arbitraire et la paresse ou l'incapacité du juge; on lui demande la science qui est la condition de sa fidélité, et dont l'attrait devient aussi une sauvegarde. On veut que le fait lui-même s'apprécie avec plus de dégagement, parce que ce n'est pas en quelque sorte le juge qui fait le jugement. La barrière de la loi ne doit jamais être franchie, parce qu'il n'y a pas de seconde ligne de défense, et qu'il n'y a pas de raison pour que l'homme s'arrête, s'il commence l'envahissement. Le juge des sociétés civilisées a son fruit défendu auquel il ne doit ni goûter, ni même penser, parce qu'il y a des hardiesses qui n'ont besoin que de s'essayer, des tendances dont le propre est de s'accroître sans cesse. Si l'idée qu'il peut s'écarter de la loi et juger comme il veut entre une fois dans l'esprit du juge, il court risque de plus en plus de ne pas juger comme il doit. A part même toute tendance blâmable, pour espérer que celui qui a mis une fois sa raison au-dessus de la loi ne continuera pas de le faire, il faudrait rencontrer un homme qui ne crût pas en lui.

L'action de la loi n'est pas seulement diminuée de tout ce que l'arbitraire de l'homme empiète sur elle; il y a plus que diminution, il y a perturbation, et le côté le plus important de la question est marqué au point de vue de l'intérêt général. Un arbitraire, même partiel, a l'inconvénient de rejeter dans la prévision des jugements l'incertitude que la loi écrite avait voulu éviter. Quand bien même, en effet, les

Digitized by Google

résultats individuels des deux systèmes devraient se balancer, le but de la loi écrite a été de diminuer autant que possible l'incertitude et l'imprévu des décisions judiciaires. La prévision des jugements ne peut, certes, jamais être complète; sans cela il n'y aurait guère d'autres procès que ceux auxquels le silence ou l'imprévoyance de la loi donneraient lieu. Néanmoins, il est sans doute qu'une marche tracée dans l'application rigoureuse de la loi laisse moins d'hésitation dans le conseil et dans la conduite des affaires. La partie sait le fait presque toujours, elle doit savoir la loi ou elle se la fait enseigner. A mesure que l'interprétation sera plus rapprochée de la lettre, la prévision sera plus sûre. Il n'y a que la loi qui puisse être sondée et mesurée à l'avance; pour peu que l'arbitraire s'en mêle, le conseil est sans point d'appui. Tout est hypothétique dans la prévoyance d'une équité dont le principe se cache dans la conscience du juge. La jurisprudence, même en la supposant exempte de contradictions, est loin d'offrir la simplicité et la fermeté de la loi.

Si la certitude dans la conduite des affaires, qui est liée à celle des décisions judiciaires, devient nécessaire lorsque les transactions se multiplient, que doit-il en être lorsque la civilisation jette les sociétés dans un mouvement sans limites et sans repos? Calculez ce qu'un seul degré d'incertitude de plus doit apporter de trouble dans l'agitation de tant d'intérêts. Dans l'état social actuel, les raisons qui ont fait une nécessité des lois écrites sont déjà vieillies et dépassées. Il nous faut des lois toujours plus précises et plus attentives, et une application toujours plus exacte de ces lois.

La formule n'a pas donc pris la place de la tradition ou de l'arbitrage, pour que la jurisprudence prenne la place de la loi. Par la raison même que la loi a dû être écrite, elle

Digitized by Google

veut être appliquée avec scrupule. Si la rédaction formelle est née du besoin de laisser moins au caprice et au hasard des jugements individuels, ce même besoin commande l'assujettissement à la loi. Avec le relâchement dans l'application, le jugement de l'homme reprend la place de la loi, et il ne la reprend que gêné dans ses allures et déjà faussé par cette usurpation même.

Presque toutes les législations ont d'ailleurs défini cette puissance de la jurisprudence que nos doctrines actuelles tendent à exagérer. Le rôle des tribunaux demeure assez beau dans l'appréciation du fait et dans l'adaptation de ce fait à la loi consciencieusement étudiée. L'interprétation est, dans le droit des tribunaux, soumise à des règles et coordonnée aux principes de la loi, qui doit s'expliquer elle-même si l'interprétation devient abusive ou contradictoire. La jurisprudence doit en outre combler les lacunes de la loi, en faisant sortir l'inconnu du connu; l'obligation de suppléer la décision qui manque est une nécessité de la justice.

Mais là s'arrête, au terme social où nous sommes arrivés, le pouvoir des tribunaux; et cela est si vrai, que l'on n'oserait pas formuler un pouvoir quelconque au delà de celui-là. On n'oserait certainement pas écrire, on n'oserait pas dire après réflexion, que les tribunaux ont le droit de s'écarter de la loi, de la corriger, de la remanier. L'aveu de pareilles prétentions est cependant échappé souvent de nos jours aux tribunaux eux-mêmes, et sans trop d'artifice, sans que la pensée prît grand soin de se déguiser. Il vaudrait mieux, en matière civile, qu'on autorisât ouvertement les juges à faire plier la loi et à déclarer, quand leur conscience les y porte, l'influence du fait supérieure. La position que nos doctrines vagues leur crée est complétement fausse. Comme l'atteinte

Digitized by Google

à la loi n'est pas pour eux un droit reconnu, ils l'exercent sans confiance, subrepticement, maladroitement. Il est d'observation que les dispositions contradictoires, illogiques, absurdes même, car il y a parfois de ces choses-là dans les lois, sont celles auxquelles on ne touche pas; on dirait qu'elles se font remarquer et obéir par leur excès même. C'est aux dispositions que la logique des principes a permis d'énoncer moins formellement, que l'on s'attaque de préférence. La première dérogation a lieu sous la pression d'un fait qui la justifie moralement, mais elle se propage et elle finit par soustraire à la loi les faits qui rentreraient, même équitablement, dans son application.

Ce système est si faux qu'il se dément lui-même. La condition d'une justice, subordonnée au fait et plus ou moins libre dans l'application de la loi, serait qu'elle ne tirât pas à conséquence. Avec la souveraineté de la conscience, avec l'arbitraire du juge, il n'y a pas d'induction d'un jugement à l'autre, il n'y a pas de jurisprudence, car aucune similitude tant soit peu sûre ne peut être établie d'un fait à un autre. La jurisprudence n'a pu naître que de la loi écrite; la part d'autorité qui lui appartient légitimement ne peut résulter que de sa sujétion même; ce n'est qu'ainsi qu'elle peut entrer dans le droit comme élément suplétif et utile.

Il est presque surabondant de remarquer que le pouvoir de changer la loi est en contradiction flagrante avec toutes nos institutions, car il fait nécessairement partie de celui de la faire. Quand ce premier droit social n'était pas strictement limité et défini, quand il était la prérogative d'un seul homme, qui n'en jouissait même que depuis quelque temps, qui le négligeait, qui le déléguait dans ses accessoires, un concert tacite semblait s'être formé pour le reprendre; mais aujourd'hui que nous avons une fabrique de lois bre-

Digitized by Google

vetée et patentée, il y a contrebande, il y a usurpation. Les anciens parlements ne prétendaient qu'à un droit de remontrance et à un droit de règlement, développement et non modification de la loi. Les remontrances épuisées, on ne faisait pas du pouvoir législatif en sous-œuvre, et l'on peut se convaincre que les ordonnances qui avaient réglé certaines parties de notre droit étaient plus scrupuleusement observées que ne l'est aujourd'hui notre Code civil. On n'aurait donc enlevé des droits restreints aux tribunaux que pour leur en laisser prendre de plus étendus.

Encore une fois, il en est d'une modification, d'une atteinte quelconque à la loi, comme d'un changement; pour être tortueuse et cachée, cette violation n'en est pas moins réelle. Il ressort de ce que nous venons de dire que l'application même de la loi doit, à des époques comme celle où nous vivons, être dirigée vers le respect de la lettre. La lettre, c'est la loi, et c'est l'esprit du législateur plus que celui des juges qui doit aujourd'hui vivifier la loi; l'esprit discoureur du siècle a besoin de barrières, il doit s'exercer à préparer le changement de la loi, il est dangereux dans l'interprétation. Si une loi mauvaise n'est pas respectée, une bonne court risque de ne pas l'être davantage. Il faut en revenir à dire, comme la loi des Douze-Tables, *ita lingua nuncupassit, ita jus esto.* Ce n'est pas la seule règle des jeunes sociétés qui soit applicable aux sociétés vieillies.

On a dit une chose vraie lorsqu'on a dit que la loi et les jugements doivent suivre le mouvement social; mais on en dit une qui ne l'est pas en attribuant à la jurisprudence seule cette faculté d'appropriation et la souplesse nécessaire. Il suffit de se rendre compte de la position qui est faite aux tribunaux pour se convaincre que tout redressement de la loi ne peut que se mal faire par eux.

Digitized by Google

La loi de la jurisprudence est, en effet, une loi faite après coup; elle a le plus mauvais caractère d'une loi, puisque son effet est rétroactif sur les affaires consommées comme sur celles qui se concluent avant la connaissance acquise du jugement. La jurisprudence n'oserait pas dire qu'elle ne dispose que pour l'avenir; ce serait faire comme les bonnes lois; mais ce serait s'avouer, ce serait se faire ouvertement loi. L'obéissance passive, l'interprétation étroite, ressortent donc de l'institution même des tribunaux placés en face de la loi écrite; autrement il resterait à organiser un mode de promulgation; car il n'est pas juste que l'arrêt rendu à Metz, s'il ajoute à la loi, soit exécutoire à Marseille instantanément.

Il deviendrait même nécessaire de régler la force d'obligation de cette loi nouvelle; car, pour peu qu'on veuille créer à la jurisprudence un droit de changement, de correction, d'ampliation de la loi, voilà une loi rendue par un tribunal, qui n'a rien d'obligatoire pour les autres tribunaux et avec laquelle ils peuvent se mettre en contradiction. Supposez qu'on pût admettre qu'un certain nombre d'arrêts de Cours supérieures feraient règle pour les autres et pour les tribunaux; avec les théories qui admettent un principe de désobéissance, l'abus se reproduirait dans l'application de cette seconde loi. C'est tourner dans un cercle vicieux. Il faut reconnaître que tout est désordre si l'on permet aux jugements de s'écarter de la lettre fixe de la loi; si la fixité n'est pas à la base, on ne saurait la mettre dans les étages de l'édifice.

La loi n'est bonne et féconde que tout autant qu'elle est l'expression de la volonté la plus générale et qu'elle accorde satisfaction aux besoins prédominants. Il faut donc éviter, dans sa formation, de se laisser détourner par des intérêts

Digitized by Google

particuliers; l'influence du fait est si grande, qu'elle a fait hésiter à écrire les lois. Or, il est facile d'apercevoir que la position d'un juge chargé de prononcer sur un procès individuel est peut-être la plus mal choisie de toutes pour déduire un principe général. Sur son siége, le juge se préoccupe de résoudre le plus justement possible le fait spécial du procès, il s'absorbe dans la pensée de cette justice. Le moment est mal pris, le point de vue est mauvais; la justice d'un fait n'est pas celle des autres, et la vue de détail est trop souvent l'opposé d'une vue d'ensemble. Tous les éléments de l'appréciation des intérêts par masses manquent d'ailleurs à nos juges; s'ils doivent être chargés de satisfaire aux besoins sociaux, c'est à eux que les documents administratifs, que les statistiques industrielles devraient aboutir. Il faudrait en quelque manière les empêcher de bien juger les affaires particulières pour les mettre à même de mieux juger les affaires générales.

Il faut tout dire : il n'est guère de plus gauches législatures que les corps de magistrature. La réserve dans laquelle les juges vivent, même aujourd'hui, l'esprit formaliste, la solennité des audiences, l'habitude du silence, le soin de leur dignité et plusieurs autres habitudes de métier, les gêneraient autant que leurs robes, s'ils étaient obligés de se jeter dans les complications sociales au milieu desquelles le législateur est obligé de se mouvoir ou de se glisser. Même dans les affaires qui leur sont soumises, ils mettent un temps considérable, des formes lentes et coûteuses pour savoir les choses les plus simples. Il leur est défendu de voir par leurs yeux ou d'entendre par leurs oreilles, et ils envoient à grands frais des experts mesurer une fenêtre qui est sur leur chemin en sortant du Palais.

C'est avec des vues de suite et d'opportunité qu'une ré-

Digitized by Google

forme législative quelconque doit être conçue et entreprise; comment cette multitude de tribunaux qui devraient, dans le système que nous combattons, satisfaire aux besoins de sociétés en fermentation, pourraient-ils y travailler, chacun de leur côté, sans coordonner leurs idées, sans pouvoir s'assembler, ni même correspondre entre eux? Il ne peut guère sortir de là que des entreprises timides, honteuses, dégingandées. C'est s'exposer à voir déchiqueter les lois, à les laisser tuer à coups d'épingle, que de permettre aux tribunaux d'y toucher. Ce n'est pas ainsi qu'on peut espérer de les plier aux nécessités générales.

La collectivité, surtout celle qui se forme de tant de corps collectifs, est très-peu propre aux créations, aux vues d'ensemble, à l'appréciation des faits généraux. Pour se faire une idée, je suis loin de dire de la justice des tribunaux, mais de la portée législative ou même scientifique de leur jurisprudence il faudrait isoler complétement les faits et faire un corps de doctrine de cette science collective depuis soixante ans; il faudrait former un livre rien qu'avec les arrêts d'une de nos meilleures Cours, ou de la Cour de cassation elle-même. Ce livre serait non-seulement moins suivi, plus contradictoire, ce qui est le résultat du mode de travail; il serait moins logique, moins profond, moins sûr et, en définitive, inférieur presque de tous points au livre d'un jurisconsulte, ou à celui que l'un des magistrats de ces Cours pourrait faire, avec une application de deux ans. Ce résultat est fâcheux; il peut tenir à des vices inhérents de nos institutions judiciaires, mais il a l'une de ses principales causes dans ce vagabondage hors des limites de la loi, qui affaiblit la jurisprudence et la perd.

Veut-on me permettre, entre des exemples nombreux, d'en choisir un seul qui fasse ressortir la différence des deux

Digitized by Google

actions de la jurisprudence et de la loi ? Prenons une question très-journalière, celle du cumul ou de la combinaison de la quotité permise seulement entre époux avec la quotité disponible ordinaire. L'art. 1094 du Code civil, par une réminiscence de nos lois révolutionnaires, dispose qu'un époux laissant des enfants peut donner à l'autre époux *un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de ses biens en usufruit seulement*. Entendue dans le sens où elle l'a été, cette disposition est contradictoire et absurde, puisqu'elle restreint la faculté de disposer entre époux, lorsqu'il n'y a qu'un ou deux enfants, pour l'augmenter lorsqu'ils sont en plus grand nombre, c'est-à-dire quand il était plus naturel de la restreindre. L'on a interprété beaucoup d'articles du Code en forçant plus le texte qu'il n'était nécessaire de forcer celui-ci pour éviter la déraison. Une fois entré dans cette voie, la combinaison des deux quotités présentait quelque difficulté, mais elle pouvait se faire sans de grands efforts de calcul, de manière à éviter le cumul, mais à maintenir une proportionnalité respective. Or, les tribunaux se sont évertués à faire je ne sais combien de lois toutes nouvelles : ils ont décrété que l'usufruit équivalait à la moitié de la propriété, quel que fût l'âge des usufruitiers, statué que l'extension de quotité permise en faveur de l'époux profiterait aux enfants et aux étrangers. Des opinions se sont formées sur ces contradictions, des volumes ont été écrits, et la jurisprudence s'est débattue dans un cercle *perpétuel et sans repos* d'innovations bizarres. Les tribunaux et les Cours ont jugé pendant trente ans que le père de trois enfants ou au delà pouvait donner la moitié de la jouissance à sa femme, et en même temps le quart de la nue propriété à l'un de ses enfants. La Cour de cassation est venue réformer leurs décisions, mais en introduisant de nos

Digitized by Google

jours des distinctions qui ne supportent pas l'examen.

Cependant un nombre incalculable de contrats de mariage, disposant de la moitié de la jouissance en faveur de l'époux survivant, s'étaient passés sur la foi d'une jurisprudence trentenaire. Toute disposition en faveur des enfants est devenue tout à coup impossible, et les contrats qui les gratifiaient déjà ont été brisés. Or, dans les départements de bordelerie, toute l'agriculture roulait en partie sur la conservation dans la famille d'un des fils, par la perspective d'un quart; cette libéralité, très-suffisante pour de grandes fortunes, était presque impuissante pour garder un soutien à un père fatigué et pauvre, dans un temps de pérégrination et de sauvage cupidité. Il est impossible que la Cour de cassation sache le mal qu'elle a fait. Pendant un temps et dans beaucoup de départements, ces retours de jurisprudence ont fourni près de la moitié des procès.

Demandez-vous au contraire combien le remède eût été simple pour la législation, si on ne lui avait pas fait un oreiller de la jurisprudence, et si la centralisation n'avait pas fini par ôter au pouvoir toute vue libre et réelle de la France. Un législateur instruit des faits n'eût pas hésité à supprimer le 2me paragraphe de l'art. 1094, ce qui faisait disparaître une injustice, en dissipant des nuées de procès; ce qui par occasion l'eût amené peut-être à retrancher, dans le 1er paragraphe du même article, une autre disposition d'une dérision cruelle, qui renvoie de vieux grands-pères à jouir de leur réserve après la mort de la femme de leur petit-fils.

Un inconvénient des théories qui outrent la portée de la jurisprudence, c'est en effet d'endormir le législateur et d'ajourner indéfiniment le perfectionnement de la loi. La pensée qui a amené la codification devrait cependant faire comprendre le besoin de son amélioration. La codification

Digitized by Google

n'est elle-même qu'une amélioration, elle est un progrès. On s'enthousiasme, on s'excite d'abord, on exalte les résultats, et l'on croit pouvoir se reposer ensuite; mais quel est l'édifice qui n'ait besoin de réparations et de changements? Est-ce qu'indépendamment des vices inévitables d'une grande rédaction, un Code peut plus qu'une loi prévoir des besoins à venir?

Nous nous sommes fait une grande idée de la perfection de notre Code civil, mais sa rédaction pressée a laissé nécessairement beaucoup de taches. Ceux qui les relisent encore sont étonnés aujourd'hui des exposés et des discussions superficielles qui l'ont précédé, sans qu'il soit permis de regretter une discussion plus longue et des retards qui auraient peut-être tout compromis. La compilation se faisait à une époque de transition opportune et après d'instructives expériences; les innovations de détail que le Code renferme ont presque toutes été malheureuses. Il ne faut ni exalter l'œuvre, ni la déprécier; ce qui nous ôte d'ailleurs le droit de blâme, c'est que nous sommes demeurés quarante ans sans y rien changer ou ajouter.

Notre Code s'est fait à une époque où la philosophie du droit n'avait pas fait les progrès que ces derniers temps ont vus. On ne lisait guère Cujas dans le dix-huitième siècle, on en eut encore moins le temps au commencement de celui-ci, et l'école historique n'a pas eu de peine à démontrer la futilité ou l'erreur de nos connaissances juridiques.

Les écoles dogmatique ou analytique avaient eu le tort de ne chercher dans le droit que ce qui était écrit et de s'arrêter tout court devant la parole du législateur. L'école historique, en se lançant dans une investigation illimitée, a souvent manqué d'un but fixe et jeté beaucoup de forces au vent. La philosophie du droit, tant qu'elle est subjective, se

Digitized by Google

perd dans le vague et demeure impuissante; mais quand elle se place en face des faits, quand elle fait aboutir ses recherches aux réalités présentes, elle peut mûrir des innovations importantes, et assurer même, pour sa part, l'intelligence du droit actuel. Elle frappe peut-être trop fort aujourd'hui aux portes de l'enseignement, car là n'est guère sa place chez nous; elle risquerait de jeter dans de jeunes esprits ardents le dégoût d'une pratique terre à terre. La législation comparée, surtout dans sa partie archéologique, n'est pas la science de nos avoués, de nos avocats, de nos juges de petite ville. L'esprit français n'admet pas les lenteurs et les circuits de l'esprit allemand; il se perd dans le vague, il est, dans sa vivacité même, plus pratique, plus positif.

C'est pour les législateurs surtout que l'école historique travaille utilement. C'est en s'occupant du perfectionnement de notre législation civile que ces belles recherches peuvent porter leur fruit. N'essayons pas surtout de charger une cohue de tribunaux de comparer notre législation avec les législations grecque, romaine ou germanique; ne nous exposons pas à les voir tirer librement de ces rapprochements la décision de nos affaires privées. On se tromperait, si l'on voulait que la méthode, la forme, l'étude historique, d'accessoire qu'elles sont dans la science positive du droit, devinssent principal. Elles se fourvoient surtout complétement, si elles veulent se produire par le secours de la jurisprudence. Ces recherches, d'utiles qu'elles sont dans leur vrai sens, deviendraient nuisibles ainsi; au lieu d'amener le progrès de la loi, elles risqueraient d'en troubler l'application; elles gâteraient en même temps la loi et la jurisprudence. La philosophie du droit n'a sa pratique vraie que dans la législation.

Un grand, un long but marqué à la philosophie du droit c'est surtout de dégager les principes, de les formuler,

Digitized by Google

de les chercher là où ils manquent. Il ne serait pas sans doute nécessaire d'écrire aujourd'hui dans nos lois toute la filiation du principe naturel au principe social; c'est ce dernier seul qui doit se poser. Mais il faudrait écrire le plus possible un Code avec des principes. Les Institutes de Justinien devaient donner naissance à moins de procès que notre Code, ou permettre du moins d'appliquer à beaucoup plus les conséquences immédiates de la loi.

Un vice de nos législations modernes c'est d'être trop spéciales, trop détaillistes. Elles prévoient moins en voulant trop prévoir; elles ne posent pas, elles évitent souvent de poser des principes, croyant tout régler, tout plier à des dispositions impératives. Quelquefois elles substituent ainsi aux principes des rigueurs inutiles, ou elles subordonnent trop le droit à la forme. — Notre Code de procédure semble fait par des gens fatigués d'avoir fait un Code civil, et l'on avait eu d'ailleurs le tort de faire déjà de la procédure dans le Code civil. — Les définitions trop multipliées ou mal faites ont leurs périls, mais c'est une erreur de croire que la confusion puisse résulter d'un principe s'il est vrai; le principe d'ailleurs c'est la base, la définition c'est le sommet, elle n'est qu'un résumé. Si le principe une fois posé était mauvais à l'épreuve, il faudrait le corriger; s'il était trop absolu, il faudrait admettre plus d'exceptions; les exceptions ont besoin d'être posées, les déductions peuvent souvent être omises.

Mais quand il faut dépouiller le principe inédit d'une disposition spéciale, pour décider les cas non prévus, il sort incertain de cette recherche, et cette incertitude même en compromet l'application. La fouille est difficile, puisqu'elle a pu faire reculer le législateur; d'ailleurs le législateur lui-même, faute de formuler les principes, ne s'en rend pas

Digitized by Google

compte, il se rend mal raison des dispositions qu'il en fait découler. Comment penser que les lacunes ne se multiplieront pas dans des lois de détail, si aucun principe générateur n'est mis au jour? Le principe caché crée une première confusion; sous-entendre en pareil cas, c'est presque comme si l'on posait plusieurs principes différents à une même loi. La faiblesse et la versatilité de l'homme se chargent d'achever la similitude. — La plupart des discussions judiciaires, administratives, financières que nous voyons, ont leur source dans l'absence de principes déclarés.

Pour se refuser à écrire les principes des lois civiles, il faut nier la philosophie du droit, il faut nier l'existence de ces principes; c'est presque avouer qu'on ne les a pas suivis, car si on les a trouvés et suivis, pourquoi ne pas les dire? — On dit que toute législation est nécessairement impuissante, démentie qu'elle est par des faits postérieurs ignorés du législateur; c'est surtout aux lois trop spéciales et sans principes que le reproche se doit adresser.

L'effort gouvernemental ou législatif devrait tendre de plus en plus à diminuer le nombre des procès. Il faudrait ne laisser arriver presque que les procès de fraude et les autres semblables. Il n'est pas vrai d'ailleurs que la mauvaise foi et la simulation puissent trouver un abri dans la rigueur d'application des lois, puisqu'elle leur enlève au contraire la perspective d'une chance d'incertitude. Ces questions étant en grande partie dans le fait, il s'agit de faire des lois assez flexibles pour atteindre le déguisement; il s'agit de poser des principes au lieu de prévoir des espèces, et de laisser l'appréciation des faits aussi libre que possible.

Réduite, comme nous le voudrions, à l'application du droit au fait, la tâche des tribunaux ne laisse pas que d'être

Digitized by Google

grande et difficile. Il faudrait les obliger à séparer toujours la question de fait de celle de droit. — C'est là que se cache le nœud de la responsabilité du juge, s'il est possible d'y arriver jamais, car cette responsabilité n'est pas possible pour le fait. — Mais, à part même cette espérance utopique, aucune amélioration n'est plus importante que celle-là. Notre Code de procédure a exigé que les qualités qui sont en tête des jugements énonçassent les points de fait et de droit, ce qui est là sans portée; car qu'importe que les questions dussent même être posées séparément, si la décision n'est pas distincte? L'explication du droit, isolée du fait, tend à vulgariser la loi et à l'affermir en même temps. D'ailleurs, de lui-même le principe républicain tend à substituer de plus en plus le pouvoir de la loi à celui de l'homme, et à restreindre encore l'interprétation.

J'ai rêvé souvent, probablement comme beaucoup d'autres rêveurs, une révision des procès plus simple, plus économique et surtout plus générale que celle qu'ils subissent aujourd'hui. Faire rejuger le droit trois, quatre, cinq fois comme nous le faisons, c'est tenir les affaires trop en suspens, c'est aller presque au-devant de la confusion. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation ne pourrait-elle pas se changer en un bureau de juristes éprouvés, qui vérifieraient la doctrine de la partie des considérants relative au droit dans tous les arrêts? Ils signaleraient à la Cour suprême tous ceux qui s'écarteraient d'une entente rigoureuse ou uniforme de la loi, sauf à demander une loi toutes les fois qu'il y aurait incertitude pour la Chambre civile. Il nous semble qu'on pourrait, par la révision de tous les jugements à ce point de vue, obtenir un grand résultat sans s'encombrer, en amenant même des simplifications. Après quelque temps, il serait possible de juger de l'effet

*

Digitized by Google

de cette uniformité et de cette sévérité nouvelles amenées dans l'application de la loi. C'est après les résultats constatés de quelques améliorations fondamentales qu'on pourrait tenter utilement une réforme sérieuse dans les dépenses de nos tribunaux et la réduction d'un personnel bien nombreux.

C'est en imprimant d'autres directions à notre justice civile qu'on doit arriver au perfectionnement de notre codification. Il faudrait veiller sans cesse sur la marche de la jurisprudence, la réunir en corps de doctrine, la fixer successivement pour prévenir les retours, et la codifier avec les modifications dont elle serait susceptible. On n'aurait nul besoin de troubler l'ordre d'un code existant et déjà vulgarisé ; il suffirait le plus souvent d'un mot introduit dans ses articles mêmes. Ceux de ces articles qui seraient à supprimer suffiraient pour introduire les principes qui nous manquent, et les innovations d'une utilité démontrée.

Le bien qui pourrait résulter d'une législation toujours prête, attentive et prompte, fermant partout l'issue aux procès, est incalculable. C'est là qu'est la vraie, la grande Cour de cassation. Ce sont les variations où les contradictions de la jurisprudence qui font la science des juristes; mais les avocats et les juges sont faits pour la justice, non la justice pour les juges et les avocats. Le mouvement social roulerait mieux autour de ce pivot plus visible, plus fixe; il s'opérerait librement dans ce milieu plus sûr. L'influence des lois civiles est immense sur la marche des sociétés, et quelquefois aussi considérable que celle des lois politiques; les fautes et la négligence n'y sont pas moins dommageables; il en est dont les résultats ont besoin d'être sans cesse étudiés. Nous consentirions à renoncer à l'un de nos bureaux actuels de statistique judiciaire, où l'on accu-

Digitized by Google

mule des chiffres sans savoir toujours ce qu'on cherche, pour défrayer un essai de statistique de la jurisprudence et de l'application de la loi. — Mais si nous nous laissions entraîner à développer ces idées de réforme, nous nous écarterions du but restreint de cet article, et nous courrions risque de ne pas achever.

DAVID (du Gers),
Représentant du peuple.

Digitized by Google

DES CONSEILS DE PRÉFECTURE.

Au moment où l'on va discuter les lois organiques, il nous paraît opportun d'appeler l'attention de la Chambre et du public sur l'institution des Conseils de préfecture.

On a depuis longtemps repoussé victorieusement les attaques qui menaçaient l'existence même des Conseils de préfecture; elle est d'ailleurs garantie aujourd'hui par la Constitution ; mais il est impossible de ne pas reconnaître, comme l'a dit M. Boulatignier à la Chambre des représentants, dans la séance du 18 novembre, que leur organisation actuelle est vicieuse et qu'il faudra nécessairement pourvoir à la réforme de l'institution.

MM. de Sainte-Hermine et Goupil de Prefeln, en me devançant dans la *Revue de Législation*, ont déjà indiqué de combien d'améliorations l'organisation des Conseils de préfecture était susceptible (t. x et xi). Un projet de loi a été présenté à la Chambre des députés en 1839, et s'il fut rejeté, c'est qu'il parut incomplet. En 1847, le gouvernement avait chargé une Commission de préparer un projet de loi sur les Conseils de préfecture ; cette Commission, présidée par M. de Broglie, était composée, entre autres, de MM. Vivien et Mottet, de la section de législation au Conseil d'État; Passy, sous-secrétaire d'État à l'intérieur; Herman, chef de la division des communes à ce ministère; Aubernon, préfet de Versailles, etc. Son travail fut communiqué au Conseil d'État par le gouvernement. Après une longue discussion, le projet fut adopté avec divers amendements importants. Les événements qui sont survenus ont empêché qu'il ne fût donné suite à ce projet; il ne peut manquer de revivre. Essayons, en attendant, d'ouvrir la discussion sur les matières qui en font l'objet.

M. de Cormenin, dans ses Prolégomènes, attribue beaucoup

Digitized by Google

de mobilité aux matières administratives, parce que, suivant lui, il y entre beaucoup de choses de convenance plutôt que de nécessité, et qu'elles suivent l'administration dans ses modifications. Il y a, suivant moi, en administration des règles immuables qui tiennent à la nature des choses, et auxquelles il faut se rapporter sous quelque forme de gouvernement que l'on se trouve. D'ailleurs, le caractère dominant des Conseils de préfecture, c'est d'être des tribunaux; c'est surtout leur organisation sous ce point de vue qui intéresse les particuliers. En prenant cette idée pour base, on peut fonder une institution fixe et durable qui survive à toutes les modifications successives des rouages administratifs.

J'essayerai de déterminer le caractère et les attributions des Conseils de préfecture; je parlerai ensuite de leur organisation, et enfin de la procédure devant ces Conseils.

§ I. — Caractère et attributions des Conseils de préfecture.

Sous l'empire de nos anciennes institutions, l'incertitude qui régnait sur les limites de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire avait facilité des empiétements qui, sans augmenter l'éclat des anciens parlements, étaient on ne peut plus nuisibles à la marche d'une administration régulière. Ces abus cessèrent avec les parlements; mais le législateur de 1789, trop préoccupé du mal qu'il voulait éviter, tomba dans l'excès contraire. Le Comité de Constitution, dans son projet sur l'organisation du pouvoir judiciaire présenté à l'Assemblée nationale, parle, il est vrai, d'établir dans chaque département un tribunal administratif pour juger les affaires contentieuses nées à l'occasion de l'impôt, ou relativement à l'administration; mais cette pensée ne fut point réalisée. Si le juge civil fut dépouillé d'une partie de ses attributions, ce fut le fonctionnaire administratif qui en fut investi. On fit un juge de celui dont la mission était d'agir et de commander. Les lois des 22 décembre 1789-10 janvier 1790 et 14 frimaire an II et l'art. 193 de la Constitution de

Digitized by Google

l'an III, sanctionnèrent cette erreur. Vers 1800 on se rapprocha de la vérité. L'autorité judiciaire fut confirmée dans ses attributions ; l'action fut donnée à l'administration qui cessa d'être juge, le contentieux administratif passa à des corps spéciaux.

La Constitution du 22 frimaire an VIII, par son article 52, donnait entre autres missions, au Conseil d'État, celle de résoudre les difficultés qui s'élevaient en matière administrative. Le règlement du 5 nivôse an VIII ajoutait que le Conseil d'Etat prononcerait sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. La loi du 28 pluviôse an VIII créa les Conseils de préfecture.

Voici comment Rœderer, au nom du gouvernement, exposait l'objet de cette dernière institution : « Remettre le contentieux de l'administration à un Conseil de préfecture a paru nécessaire pour ménager au préfet le temps que demande l'administration ; pour garantir aux personnes intéressées, qu'elles ne seront pas jugées sur des rapports et avis de bureaux ; pour donner à la propriété des juges accoutumés au ministère de la justice, à ses règles et à ses formes ; pour donner tout à la fois à l'intérêt particulier et à l'intérêt public la sûreté qu'on ne peut guère attendre d'un jugement porté par un seul homme ; car cet administrateur, qui balance avec impartialité des intérêts collectifs, peut se trouver prévenu et passionné quand il s'agit de l'intérêt d'un particulier ; il peut être sollicité par ses affections et ses haines personnelles à trahir l'intérêt public ou à blesser des droits particuliers.

« Sous le régime qui a précédé la révolution, une grande partie du contentieux de l'administration était portée devant les tribunaux, qui s'étaient fait un esprit contraire à l'intérêt du Trésor public. Leur partialité détermina l'Assemblée constituante à réunir le contentieux de l'administration avec l'administration elle-même, et comme cette Assemblée remit les fonctions administratives à des directoires nombreux, elle crut pouvoir faire de ces corporations des espèces de tribunaux. En effet, la justice pouvait trouver quelque sécurité dans ce système ; c'est avec

Digitized by Google

l'administration qu'il était incompatible, parce que les ordres du gouvernement et les lois elles-mêmes rencontraient la délibération là où elles ne devaient trouver qu'empressement à l'action et à l'obéissance.

« Le gouvernement croit avoir pris un juste milieu entre l'ancien système qui séparait la justice administrative et l'administration comme inconciliables, et le nouveau qui les cumulait dans les mêmes mains comme si elles eussent été une seule et même chose. » (*Moniteur* du 29 pluviôse an VIII, page 554.)

Cet exposé de motifs ne laisse aucun doute sur la pensée qu'avait le gouvernement, en instituant les Conseils de préfecture, de créer des juges. Nous nous conformons à cette pensée en voulant que les Conseils de préfecture soient surtout considérés comme une juridiction. Cependant je suis loin de croire qu'on doive les assimiler aux tribunaux civils. Si les Conseils de préfecture constituent avant tout une juridiction, ils ont aussi des fonctions purement administratives à remplir, et même dans leurs attributions contentieuses, ce sont des juges spéciaux qui doivent obéir à des principes différents de ceux qui régissent la justice civile.

L'administration et la justice administrative doivent être confiées à des mains distinctes, parce qu'agir est le propre d'un seul, apprécier est celui d'un corps délibérant, c'est-à-dire de plusieurs, parce qu'une assemblée étant moins sujette à prévention, l'erreur dans l'appréciation des intérêts rivaux qui se débattent devant elle est moins possible. Mais l'administration et la justice administrative doivent être réunies dans la même sphère, parce que, comme le disait M. Portalis, « c'est encore administrer que de statuer sur les matières du contentieux administratif. » En effet, les Conseils de préfecture administrent en jugeant, et, sous ce rapport, la Constitution de 1848 a exprimé une grande vérité, lorsqu'elle a dit dans son article 77 qu'il y avait « dans chaque département une *administration* composée d'un préfet, d'un Conseil général, d'un *Conseil de*

Digitized by Google

préfecture. » Les Romains eux-mêmes, dans la législation desquels il nous est difficile de puiser utilement pour les matières administratives, avaient compris cette vérité. *Imperium*, dit Ulpien, *aut merum, aut mixtum est; merum est imperium, quod potestas appelatur; mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest* (L. 3, ff., *de Jurisdictione*). C'est que l'on administre non-seulement lorsqu'on réglemente, mais encore lorsqu'on lève les obstacles en prononçant sur les réclamations que soulève l'action administrative.

Les Conseils de préfecture constituent une juridiction, mais une juridiction placée dans la sphère administrative, à laquelle on a bien fait de donner une dénomination spéciale et dont les décisions doivent porter un nom particulier, bien que ce soient de véritables jugements dans l'acception générale du mot.

Il faut en conclure, que le contentieux administratif ne peut être remis aux tribunaux civils, comme quelques personnes trop oublieuses des principes généraux de toute administration l'ont demandé.

Ce serait oublier trop tôt les inconvénients graves où l'application partielle d'un pareil système avait conduit avant la révolution de 1789; ce serait enlever à l'administration sa force et son indépendance, lui créer incessamment des entraves, et l'anéantir moralement; ce serait renoncer à ce principe si fécond en bons résultats de la séparation des pouvoirs, à cette inhibition si absolue faite par les lois aux tribunaux de s'immiscer dans l'administration, et d'apprécier les actes de l'autorité administrative.

D'autres considérations d'un ordre moins élevé exigent la séparation de la juridiction administrative et de la juridiction civile.

Les règles du droit civil et du droit administratif ne sont pas toujours les mêmes; l'intérêt collectif de la société a besoin de plus fortes garanties que l'intérêt privé; il est protégé par des prescriptions ou déchéances plus sévères, et par des principes d'équité moins étroits que les règles du droit. Pour des

Digitized by Google

matières spéciales, il faut des hommes spéciaux, familiarisés avec les besoins et les règles de l'administration. Les questions du contentieux administratif exigent souvent une solution prompte qu'il est impossible d'obtenir avec les formes judiciaires suivies devant les tribunaux civils.

L'ordre judiciaire voulût-il lui-même revendiquer ces matières, ce serait là un zèle irréfléchi que, dans l'intérêt de la magistrature, il faudrait ne point satisfaire.

J'écrivais, en 1845, dans un Traité sur des matières administratives, et je crois devoir répéter aujourd'hui : « Ce qui, de nos jours, attache à l'ordre judiciaire ce respect que des commotions nombreuses ont plus ou moins ébranlé ou temporairement affaibli pour la plupart de nos autres institutions, c'est cette indépendance que lui assure notre Constitution. Cette indépendance, cette liberté de vue et de décision, nos tribunaux ne la garderont aux yeux de la France, que tout autant qu'ils ne se mêleront point à l'action de l'administration. Dans les constitutions libérales modernes, l'action use promptement; aussi la justice, pour rester toujours forte, doit tenir à se trouver en dehors des agitations administratives, à ne point être appelée à agir, en quelque sorte, en coopérant à la marche active de l'administration. Etranger à l'ordonnance, l'ordre judiciaire ne pourra pas, comme les anciens parlements, rendre des arrêts de règlement, refuser sa sanction à la loi, faire des arrêtés de police ; mais, comme le dit M. Foucart, « du moins aucun ordre « souverain ne lui dictera ses décisions, aucune lettre de cachet « n'exilera ou n'emprisonnera ses membres, aucune ordon- « nance, contresignée par un ministre, ne le dissoudra ?... Entre « les anciens parlements, exposés à tant d'humiliations, et l'or- « dre judiciaire actuel, dont les organes et les décisions sont par- « tout respectés, il nous semble que les avantages réels sont du « côté de l'ordre judiciaire, tel qu'il est établi par la Charte. » Eh bien ! ce respect, cette considération qu'une sage indépendance contribue si puissamment à assurer à l'ordre judiciaire, et que cet ordre se montre si justement jaloux de conserver,

Digitized by Google

seraient compromis du moment où les juges auraient à s'immiscer dans les matières administratives, et où une influence autre que celle de la justice et du droit pourrait paraître s'exercer sur eux. »

Je n'insiste pas davantage pour établir que le contentieux administratif a été avec raison attribué aux Conseils de préfecture, et ne doit point leur être enlevé pour passer dans les attributions des juges civils. Quelle est la position des Conseils de préfecture vis-à-vis de ces derniers? Sont-ils des tribunaux d'exception comme les tribunaux de paix et de commerce démembrements de la justice civile, ou doivent-ils être considérés comme des juges ordinaires?

On veut placer la juridiction des Conseils de préfecture parmi les juridictions exceptionnelles, parce que ces corps ont été institués par une loi particulière pour juger des matières spéciales moins nombreuses que celles soumises aux tribunaux civils, et parce qu'ils ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements. La première de ces objections n'établit qu'une chose, c'est que les Conseils de préfecture fonctionnent dans une sphère autre que les tribunaux civils; le domaine est différent, c'est vrai; mais, dans chacune de ces sphères, pourquoi chacun de ces corps ne fonctionnerait-il pas avec des prérogatives et des titres égaux? D'un autre côté, si les Conseils de préfecture ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements, c'est que cette exécution donne naissance à des difficultés de procédure étrangères aux matières administratives, qui constituent des contestations nouvelles n'ayant rien d'administratif; et que le titre établi, l'exécution, quelle qu'en soit l'origine, doit être poursuivie devant les tribunaux civils.

Il faut donc reconnaître que la justice administrative n'est point exceptionnelle; qu'elle tient seulement à un ordre de choses distinct.

Cette vérité, défendue par M. Macarel, par M. Dufour, l'un des collaborateurs de la Revue, et tant d'autres, l'a été devant la Chambre des députés par M. Dalloz, qui, dans la séance du

Digitized by Google

10 juin 1840, disait : « Les tribunaux administratifs appelés à prononcer sur des contestations dont jamais les tribunaux ordinaires n'ont pu connaître, ne sont point dérivés de ces tribunaux, et ne forment pas des juridictions exceptionnelles. »

Cette distinction n'est pas une vaine subtilité. On admet, en matière civile, que l'on peut proroger aux matières de la compétence des tribunaux de commerce la juridiction des tribunaux de première instance, parce que les tribunaux de commerce ne sont que des tribunaux d'exception.

Du principe que les Conseils de préfecture constituent des juges ordinaires pour des matières spéciales, il résulte qu'il n'est permis aux parties ni aux tribunaux d'y déroger en faveur d'une autre juridiction ; qu'en tout état de cause on peut exciper de la violation de cette règle [1] ; qu'en cas de doute, ce ne sont point les tribunaux civils qu'on doit investir.

Cette dernière observation me conduit naturellement à dire quelques mots sur la matière des conflits, si malheureusement réglementée par la Constitution de 1848. M. Cormenin a écrit : « La décision des conflits doit appartenir au gouvernement quel qu'il soit, monarchique ou républicain. » Dans l'introduction à la 5e édition de son livre sur le Droit administratif, il ajoute : « Le conflit n'est qu'un acte de gouvernement ; la responsabilité ministérielle est à la fois sa justification et son remède... Depuis la sage ordonnance de M. Portalis sur les conflits, pas une plainte ne s'est élevée. » Pourquoi s'en écarter? pourquoi renverser ce palladium politique, comme l'appelle encore M. de Cormenin, et faire de cet acte du gouvernement un jugement émanant d'une assemblée où l'on juxtapose des membres de deux corps essentiellement distincts, et que l'on devrait, au contraire, tenir dans les limites que l'expérience et une sagesse éclairée avaient fait poser? L'idée de ce tribunal des con-

[1] Ces principes ont été appliqués par le Conseil d'État et la Cour de cassation, notamment en matière de travaux publics. Voyez les ordonnances des 31 déc. 1831, Bernard ; 12 avril 1832, Trabucco, etc., et les arrêts de cassation des 11 mars et 27 août 1839, etc.

Digitized by Google

flits a été développée très-habilement, dans la Revue, par M. Dufour, avocat aux Conseils et à la Cour de cassation ; mais notre honorable collaborateur a voulu partager entre ces deux corps un pouvoir qui ne devait appartenir ni à l'un ni à l'autre. La Constitution, adoptant la même erreur, a mis dans le domaine du juge ce qui est, par la nature des choses, dans celui du gouvernement. C'est une faute grave dont l'expérience ne tardera pas à montrer les résultats fâcheux.

Je reviens à mon sujet. Les Conseils de préfecture, par rapport aux tribunaux civils, ne sont point des tribunaux exceptionnels; mais on a voulu leur attribuer ce caractère vis-à-vis d'autres personnes.

Lors du projet de loi de 1843 sur le Conseil d'Etat, M. Persil disait aux Chambres : « Là où des particuliers ont des droits à répéter, il doit y avoir un juge ; mais lorsque ces droits doivent s'exercer au préjudice de la société, c'est à son gouvernement qu'il appartient d'en décider; dans ce cas, dit-il plus haut, ce n'est pas affaire de justice, affaire du ressort du pouvoir judiciaire, c'est affaire du gouvernement, affaire du ressort de l'ordonnance. Le gouvernement, auquel la société a remis la direction de ses plus intimes intérêts, en doit rester l'arbitre et le souverain juge, parce que, mieux qu'un autre, il est en position de concilier les droits des citoyens qui se plaignent avec les droits, les besoins, les exigences de la communauté qui se défend. »

On voit poindre, dans cette explication, la prétention qu'a eue longtemps le gouvernement de faire considérer les Conseils de préfecture comme des tribunaux exceptionnels, sinon par rapport aux tribunaux civils, du moins par rapport à l'administration. On veut que l'administrateur soit le juge ordinaire, le Conseil le juge d'exception ; et par conséquent que, dans tous les cas du contentieux administratif qui ne seraient pas formellement attribués au Conseil par les lois, l'administration seule ait le droit de décider.

Si je suis bien renseigné, le projet de loi sur les Conseils de préfecture, tel que le proposait la Commission nommée en 1847,

Digitized by Google

avait, sur les observations de MM. les conseillers d'Etat Vivien et Mottet, adopté en principe que les Conseils de préfecture étaient les juges ordinaires du contentieux administratif; mais lorsque le projet fut soumis, par le ministre, à l'assemblée générale du Conseil d'Etat, l'opinion contraire prévalut à une très-faible majorité.

Est-ce avec raison que la juridiction contentieuse des ministres a paru à certains auteurs une chose si naturelle et si bien établie?

Si, dans le principe, l'administration s'empara du contentieux administratif, ce ne fut nullement en vertu de principes débattus et reconnus; ce fut, comme je l'ai expliqué plus haut, en haine des empiétements de l'autorité judiciaire; l'administration reçut ces attributions comme en dépôt pour les exercer jusqu'à ce qu'elles eussent été réglées; mais, dès 1800, il fut fait une juste répartition des pouvoirs, et le législateur manifesta à plusieurs reprises la volonté de placer en des mains différentes l'administration et le contentieux.

L'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII charge le Conseil d'Etat « de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » Le règlement du 5 nivôse an VIII attribue à ce Conseil la connaissance « des affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. » La loi du 28 pluviôse an VIII, sur les attributions des préfets et des Conseils de préfecture, n'est que l'application des mêmes principes. L'article 14 du décret du 11 juin 1806 reconnaît au Conseil d'Etat le droit de connaître « de toutes les contestations ou demandes relatives, soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, soit en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faites pour le service de leurs départements respectifs, pour notre service personnel ou celui de nos maisons. » Enfin le décret du 6 décembre 1813, inséré au Bulletin des lois, quoique rendu dans une affaire particulière, porte : « Considérant que, d'après la loi du 28 pluviôse an VIII et autres lois postérieures, le préfet

Digitized by Google

est seul chargé de l'administration, et que dès lors il doit seul statuer sur toutes les matières qui sont purement d'administration; mais que les Conseils de préfecture sont institués pour prononcer sur toutes les matières contentieuses et administratives; qu'ainsi la compétence de chacune de ces deux autorités doit se déterminer d'après la nature ou contentieuse ou purement administrative de la question proposée... » (Bull., DXLII).

De ces textes formels rapprochés de l'exposé des motifs de la loi du 18 pluviôse an VIII, que j'ai rapporté plus haut, nous concluons sans hésiter que les Conseils de préfecture doivent être considérés comme les juges ordinaires au premier degré du contentieux administratif, et que toutes les contestations de cette nature qui ne sont pas expressément soumises par la loi à la décision d'une autre autorité, tombent sous leur juridiction.

Je n'ai considéré jusqu'ici les Conseils de préfecture que comme les juges du contentieux administratif; c'était en effet, dans l'origine, le principal objet, on peut même dire l'objet unique de leur création; et ce n'est point dans la loi du 28 pluviôse an VIII qu'on peut trouver l'origine d'autres attributions.

Ces attributions nouvelles leur sont venues de la force même des choses, et leur ont été conférées par diverses lois spéciales.

Placés dans la sphère administrative à côté des préfets, concourant à l'administration, les Conseils de préfecture, en dehors de leurs attributions contentieuses, étaient forcément appelés à aider de leurs avis l'administration, dans les cas où la délibération pouvait être utile et devancer l'action. Cette intervention était également naturelle dans les questions de tutelle administrative, dans la solution desquelles il s'agit d'apprécier et de sauvegarder des droits bien plus que d'agir. Les premiers actes législatifs par lesquels les Conseils de préfecture ont été appelés à fonctionner comme corps consultatifs, sont : l'acte du 10 thermidor an XI, qui les appelle à donner leur avis sur les difficultés que pourrait faire naître la loi du 7 frimaire an V, établissant un droit sur les spectacles en faveur des pauvres; et l'arrêté du 21 fri-

Digitized by Google

maire an XII qui ne permet aux communes de transiger qu'après y avoir été autorisées par arrêté du préfet, donné sur l'avis du Conseil de préfecture. Depuis, les attributions consultatives et de tutelle des Conseils de préfecture sont allées en s'élargissant.

Lorsque le Conseil de préfecture agit comme corps consultatif :

Ou il donne seul son avis en l'absence du préfet et comme moyen d'instruction dans une affaire administrative, ainsi que le prescrit, par exemple, l'article 4 du décret du 15 octobre 1810 sur l'établissement des ateliers insalubres ;

Ou, consulté volontairement par le préfet sur un arrêté que ce fonctionnaire se propose de prendre, il lui donne oralement son avis ;

Ou bien, forcément appelé par le préfet dans les cas déterminés par la loi, il donne également son avis.

Dans aucun de ces cas l'avis du Conseil de préfecture ne lie le préfet ni ne le décharge de la responsabilité de ses actes.

Lorsque le préfet prend l'avis du Conseil de préfecture, sans y être obligé par la loi, il mentionne cet avis dans son arrêté en ces termes : le Conseil de préfecture entendu ; mais lorsque l'avis du Conseil de préfecture est exigé par la loi, le préfet mentionne, en outre, dans son arrêté les noms des membres du Conseil qui ont donné l'avis. Ces prescriptions, qui trouveront mieux leur place lorsque j'examinerai les modes de procéder, résultent d'une circulaire du ministre de l'intérieur du 29 septembre 1835, à laquelle il n'y a qu'à se référer.

Le Conseil de préfecture n'a d'ailleurs aucun contrôle à exercer sur les actes du préfet. Ce contrôle appartient soit directement aux ministres, soit indirectement, suivant les cas, au Conseil général qui, se réunissant plus rarement, l'exerce utilement sans gêner l'action administrative.

A côté des attributions contentieuses et consultatives, j'ai dit que la force des choses avait amené à donner aux Conseils de préfecture des fonctions de tutelle administrative. Ces attri-

Digitized by Google

butions doivent également leur être maintenues. Il fallait au-dessus des administrations inférieures des communes, des établissements charitables, un corps composé de membres assez nombreux pour peser et débattre les questions d'intérêt privé qui pourraient les intéresser; il fallait que ces corps eussent l'habitude des affaires judiciaires, pour faire une saine appréciation des droits invoqués, et qu'ils connussent assez les règles de l'administration pour ne pas en contrarier l'action, tout en restant assez indépendants pour que le désir de la servir ne leur fît pas compromettre les intérêts qu'ils devaient sauvegarder. A tous ces titres, aucun corps ne pouvait mieux que les Conseils de préfecture remplir les fonctions de tutelle administrative qui leur ont été conférées par les lois.

J'ai établi quels étaient les caractères et les attributions des Conseils de préfecture comme corps judiciaires, comme corps consultatifs, et comme chargés de la tutelle administrative; avant de passer à leur mode de fonctionner, occupons-nous de leur organisation.

§ II. — Organisation des Conseils de préfecture.

L'organisation des Conseils de préfecture laisse beaucoup à désirer. La loi du 28 pluviôse an VIII, qui les a créés, contient peu de dispositions à ce sujet.

Par son article 2, elle fixe à cinq, quatre ou trois, le nombre des conseillers de préfecture par département. Une ordonnance royale du 6 novembre 1817 avait réduit ce nombre à trois dans tous les départements ; cet acte, violation flagrante d'une loi, motivé sur la nécessité de faire des économies, ne put subsister devant les résultats fâcheux qu'il entraînait pour le service dans les départements les plus importants. Il fut rapporté par une autre ordonnance du 1er août 1840. Dernièrement le Comité des finances, en se fondant sur les mêmes motifs que l'ordonnance de 1819, proposait encore de réduire partout les conseillers à trois. Cette proposition rejetée, on est revenu à la classification

Digitized by Google

de la loi de l'an VIII et de la loi de finances de 1832, et on a adopté le chiffre de trois conseillers pour 45 départements, quatre pour 17, cinq pour 24.

Ces nombres sont-ils suffisants?

En principe, non-seulement le contentieux administratif ne doit pas être confié à l'administration, mais il est à désirer qu'il soit soumis à un tribunal assez nombreux pour que l'erreur soit à peu près impossible, et pour que les passions, les préoccupations et les influences individuelles tombent devant la vérité. Cette règle, de laquelle on ne peut s'écarter dans toute juridiction, est encore plus nécessaire à suivre pour les juges administratifs, à cause de leur position vis-à-vis l'administration dans la sphère de laquelle ils se trouvent.

D'autre part, le nombre des affaires que les Conseils de préfecture ont à juger est très-grand. S'il faut en croire ce que disait M. Boulatignier à la séance de la Chambre des représentants du 18 novembre, il n'y a pas de Conseil qui, par an, n'ait à statuer sur 2,000 affaires au moins.

Cependant le nombre de trois conseillers peut être suffisant dans bien des départements. Il y a en France 203 tribunaux de première instance qui n'ont que trois juges, y compris le président et le juge d'instruction, et s'il est vrai que cette composition présente des inconvénients pour les tribunaux civils, comme j'ai essayé de l'établir dans la Revue (année 1846, t. III, p. 479), la nature de ces inconvénients est telle qu'ils ne peuvent exister pour les Conseils de préfecture ; et si le nombre des affaires civiles est bien inférieur à celui des affaires soumises aux tribunaux administratifs, il faut reconnaître que les affaires civiles sont beaucoup plus longues et plus difficiles, et qu'elles ne forment pas les seules occupations des tribunaux, qui ont encore à statuer par jugement dans les affaires correctionnelles, et par ordonnance dans les affaires criminelles.

On peut donc ne pas augmenter les chiffres de 3, 4 et 5 conseillers établis par la loi du 28 pluviôse an VIII, surtout en l'état de la proposition que nous ferons plus tard, relativement aux

Digitized by Google

suppléants; mais ces nombres ne doivent point non plus être réduits, si l'on ne veut pas courir le risque d'arrêter la marche de la justice administrative dans certains départements où les affaires sont très-nombreuses, et si l'on ne veut pas contraindre plusieurs Conseils à accepter aveuglément toutes les décisions proposées par les agents de l'administration, ou à laisser se former un arriéré considérable au détriment des services publics, dans des matières où la première condition d'une bonne justice est d'être prompte. S'il fallait modifier la loi de l'an VIII, on ne pourrait le faire raisonnablement que pour accroître le nombre des conseillers, comme le gouvernement le proposait aux Chambres en 1839.

Le Comité des finances de 1848 voulait encore que, sur les trois conseillers de préfecture, l'un fût chargé des fonctions de secrétaire général, et il faisait valoir que, le préfet pouvant présider le Conseil, le nombre des juges était par suite réellement de quatre au lieu de trois.

Je reviendrai sur l'institution des secrétaires généraux de préfecture; quant au préfet, l'article 5 de la loi de pluviôse an VIII, et l'arrêté consulaire du 19 fructidor an IX, lui donnent le droit de présider le Conseil; et même, en cas de partage, il a voix prépondérante.

Cette dernière prérogative en matière contentieuse est exorbitante, elle est contraire aux règles établies par les articles 118 et 468 du Code de procédure civile pour les matières ordinaires; et même au Conseil d'État, la voix du président n'est point prépondérante en cas de partage.

Quelles garanties présente un corps composé du préfet président avec voix prépondérante, et de deux conseillers de préfecture, alors que l'un d'eux est secrétaire général? Ce n'est pas que je veuille dire que le préfet ne puisse faire bonne justice; mais s'il est évident que son opinion doive toujours prévaloir, il vaudrait mieux abolir les Conseils de préfecture et donner le contentieux administratif au préfet.

Sans me dissimuler combien mon opinion peut rencontrer

Digitized by Google

d'adversaires, je dis que non-seulement la voix du préfet ne doit pas être prépondérante, mais encore que le préfet ne doit point être admis par la loi à faire partie du Conseil de préfecture statuant sur des affaires où il est en qualité, comme représentant l'Etat ou le département.

Le législateur de l'an VIII nous dit qu'en créant les Conseils de préfecture, il a voulu ménager au préfet le temps que demande l'administration; qu'il a voulu enlever à l'administration le jugement des affaires qui devaient être du domaine de juges accoutumés au ministère de la justice. Il a séparé le contentieux de l'administration, parce que l'expérience lui a fait reconnaître que le cumul dans les mêmes mains avait un résultat déplorable. Il a créé un préfet chargé seul de l'administration, un Conseil de préfecture chargé du contentieux, un Conseil général, avec des attributions spéciales. Après avoir proclamé la nécessité de cette division dans une même sphère, irez-vous défaire indirectement ce que le législateur a eu de si bons motifs d'établir? Après avoir enlevé le contentieux à l'administration, redonnerez-vous au même homme ce contentieux en lui donnant le titre de juge, avec des prérogatives et une influence telles que son opinion sera toujours dominante? Pourquoi ne plus craindre les sollicitations, ces affections et ces haines personnelles dont on se méfiait assez pour enlever le contentieux à l'administrateur? Pour moi, quelque distinction qu'on veuille faire suivant qu'on donne tel ou tel autre titre au même homme, je ne pourrai m'incliner devant ces subtilités; je n'admettrai pas comme un résultat acceptable en France, que le préfet assigné par moi, comme représentant l'Etat ou le département, et mon adversaire légal en cette qualité, puisse présider le corps qui doit juger la contestation dans laquelle son devoir du moment, qu'il accepte, est de me faire succomber.

Le préfet ne pouvant plus siéger dans la plupart des affaires, les conseillers de préfecture seront le plus souvent réduits à trois dans un grand nombre de départements.

Digitized by Google

Est-il possible de charger l'un de ces trois membres des fonctions de secrétaire général ?

Les secrétaires généraux sont plus anciens que la loi de l'an VIII, ils datent de la loi des 22 décembre 1789-8 janvier 1790. Ils furent confirmés depuis. Une ordonnance de 1817 les supprima ; une autre ordonnance les rétablit en 1820. Enfin en 1832, les secrétaires généraux furent de nouveau supprimés dans presque tous les départements, et leurs fonctions furent confiées à des conseillers de préfecture dans ces mêmes départements.

On a ainsi investi de fonctions de pure administration le juge du contentieux, et entravé en même temps l'action des Conseils de préfecture, les réduisant à deux, trois et quatre membres pouvant travailler utilement, lorsque l'on reconnaît que les nombres de trois, quatre et cinq sont indispensables.

Veut-on savoir ce que deviennent normalement les Conseils de préfecture pendant les six semaines, par exemple, que dure la tournée du préfet pour le Conseil de révision ? Le préfet et un conseiller de préfecture sont retenus par les devoirs que la loi leur impose hors du chef-lieu du département. Il ne reste que deux conseillers de préfecture, et l'un d'eux, en qualité de secrétaire général, est absorbé par l'intérim de la préfecture. En définitive, le Conseil de préfecture se trouve composé d'un membre, et cela pendant que tout le monde est au poste que lui assigne la loi. Que serait-ce en cas de maladie, de congé, en cas d'empêchement forcé et légitime de l'un des membres ?

On objecte que les fonctions de secrétaire général sont nulles lorsque les préfets sont à leurs postes ; mieux vaudrait alors abolir une fonction inutile que décorer d'un titre vain un conseiller de préfecture.

Il n'entre pas dans notre sujet d'indiquer les attributions qu'on aurait pu donner dans l'administration aux secrétaires généraux ; ils ont été créés en 1789, et depuis lors, aucun gouvernement n'a songé à déterminer leurs fonctions et à utiliser leurs services ; il en est résulté qu'ils ont été, suivant les personnes, un embarras ou une superfétation. Les éminents services rendus par

Digitized by Google

quelques-uns d'entre eux nous ont pourtant convaincu qu'on pouvait les rendre utiles.

Je ne veux ici m'occuper d'eux que relativement au rôle qu'ils pourraient remplir auprès des Conseils de préfecture.

M. de Cormenin a dit dans son *Introduction au droit administratif :* « Il manque aux Conseils de préfecture..... un commissaire du gouvernement en la personne du secrétaire général. » Cette innovation, développée dans la Revue par M. N. de Sainte-Hermine, a été adoptée par plusieurs habiles administrateurs. Outre l'avantage que l'on retirerait de la présence d'un commissaire du gouvernement dont l'opinion désintéressée, résultat de l'étude et de la réflexion, serait un guide utile pour le Conseil, la présence de ce commissaire serait indispensable pour qu'il pût fournir des explications dans les espèces nombreuses où des administrations en cause seraient autorisées à ne point mettre un représentant à la barre. Personne mieux que le secrétaire général ne serait apte à remplir ces fonctions; personne mieux que lui ne pourrait être appelé à défendre dignement et utilement les intérêts publics.

Cette attribution nouvelle, que nous voudrions voir donner aux secrétaires généraux, nous amène à persister dans l'opinion que leurs fonctions ne doivent point être confiées à des conseillers de préfecture.

En ne donnant à la plupart des Conseils de préfecture que le nombre strict voulu pour délibérer, il faut nécessairement pourvoir aux éventualités d'absence ou d'empêchement, et indiquer des suppléants pour remplacer les titulaires.

L'organisation actuelle me semble présenter, quant à ce, une espèce d'anomalie. L'article 5 de la loi du 22 juin 1833 établit une incompatibilité entre les fonctions de membre du Conseil général et celles de conseiller de préfecture; et le décret du 16 juin 1806, et avant lui l'arrêté du gouvernement consulaire du 19 fructidor an IX, chargent les membres du Conseil général de remplacer les conseillers de préfecture en cas d'empêchement! Les motifs qui ont amené le législateur à prohiber le cu-

Digitized by Google

mul des fonctions de conseiller de préfecture et de membre du Conseil général n'existent-ils pas toujours?

Pourquoi les suppléants ne seraient-ils pas désignés d'avance et nommés comme les membres des Conseils de préfecture? Quant au nombre des suppléants, nous croyons qu'il devrait être double de celui des conseillers de préfecture.

Avant de terminer ce que j'avais à dire sur le personnel des Conseils de préfecture, je dois ajouter avec M. de Cormenin, qu'il manque aux Conseils de préfecture... un greffe. Comment comprendre en effet un tribunal ou même un simple corps délibérant sans un fonctionnaire spécialement chargé de recueillir et de conserver ses délibérations? D'un autre côté, je pense que par des motifs d'économie et des considérations d'administration, ce greffe devrait entrer dans la division des archives.

La position des membres des Conseils de préfecture dans la sphère administrative ne permet pas de balancer, lorsqu'il s'agit de décider par qui ils doivent être nommés. L'article 18 de la loi de pluviôse remettait ce soin au chef du pouvoir exécutif; et de nos jours, cette disposition doit être maintenue et doit être appliquée aux conseillers de préfecture, comme au commissaire du gouvernement et au greffier près ces Conseils; avec pouvoir au préfet d'adjoindre au besoin à ce dernier, avec qualité pour le remplacer, des employés des archives.

Je ne parlerais pas de la question de l'inamovibilité des conseillers de préfecture, si la question n'avait été soulevée par des esprits sérieux et qui font autorité. Quant à moi, je repousse l'inamovibilité comme incompatible avec des fonctions administratives, et je le fais avec autant de conviction que je défendais il y a quelques mois, dans la *Revue*, cette inamovibilité appliquée au juge civil. Je me bornerai à citer l'avis de M. Serrigny dont l'ouvrage est si remarquable de bon sens et de science : « Si les conseillers de préfecture étaient des juges ordinaires inamovibles, il faudrait les supprimer; à quoi bon créer un tribunal spécial inamovible pour juger le contentieux administratif? autant vaudrait laisser ce jugement aux tribunaux civils ordinaires.

Digitized by Google

« Inamovibles, les conseillers de préfecture chercheront à empiéter sur les tribunaux et sur l'administration. Au lieu de trouver en eux de la bienveillance, l'administration y rencontrera le contrôle et l'hostilité. Le préfet n'aura plus d'existence possible, le Conseil de préfecture le dominera toujours, et le ministre devant la volonté du Conseil sera sans cesse obligé de sacrifier son représentant. Appelé à donner des avis, le Conseil donnera des ordres... Les opinions que nous émettons, ajoute M. Serrigny, tiennent à l'essence même des principes de tous les gouvernements et de tous les temps ; vraies sous le gouvernement monarchique tempéré qui nous régit (il écrivait en 1842), elles le seraient encore davantage dans les temps de révolution qui ont précédé l'institution du Conseil d'Etat et des Conseils de préfecture ; la raison en est bien simple, c'est que plus un gouvernement éprouve de résistance, et plus il a besoin de force pour les surmonter, moins par conséquent ses actes et ceux de ses agents doivent être soumis au contrôle d'un pouvoir inamovible et indépendant. »

C'est donc ailleurs que dans l'inamovibilité qu'il faut chercher l'amélioration des Conseils de préfecture.

Il y a sans doute, parmi les conseillers de préfecture, des esprits éclairés et des hommes expérimentés et capables ; mais, il faut le dire parce que c'est une vérité utile, en général, les conseillers de préfecture manquent d'instruction, leurs décisions fourmillent d'erreurs ; de 1840 à 1845, sur environ 29,000 recours portés au Conseil d'Etat contre des arrêtés des Conseils de préfecture, il y a eu 16,000 arrêts de réformation ! tandis qu'en matière civile, en 1845, sur 9,933 arrêts de Cour d'appel, il n'y a eu que 436 pourvois vidés par 214 arrêts de cassation et 309 de rejet.

C'est dire combien le gouvernement doit apporter de soin dans ses choix. Il est de son devoir de rechercher les hommes spéciaux. Il serait utile qu'un acte réglementaire vînt circonscrire ces choix parmi des personnes qui offrissent des garanties

Digitized by Google

suffisantes, soit par des études sérieuses du droit, soit par un assez long exercice de fonctions administratives.

Aucune loi n'établit d'une manière spéciale l'âge requis pour pouvoir exercer les fonctions de conseiller de préfecture; cependant, par application de l'article 175 de la Constitution du 5 fructidor an III, portant que tout membre d'une administration départementale ou municipale doit être âgé de 25 ans au moins, on a admis qu'il fallait avoir au moins cet âge pour remplir les fonctions de conseiller de préfecture, ce qui nous paraît parfaitement convenable.

Quant au traitement, aujourd'hui fixé à un maximum de 6,000 fr. pour la Seine et au minimum de 1,200 fr. pour la plupart des départements, il est évident qu'il est insuffisant. Le conseiller de préfecture se trouve ainsi, dans plusieurs départements, celui de tous les employés de la préfecture, y compris le concierge, qui a le traitement le moins élevé. Ce n'est pas là une des moindres causes de la mauvaise composition du personnel des Conseils de préfecture et des reproches mérités qu'a souvent encourus l'administration de la justice par eux.

La loi organique ne parle pas des incompatibilités qui peuvent exister entre les fonctions de conseiller de préfecture et diverses autres fonctions ou professions. On a admis cependant qu'elle existait avec les fonctions de maire et sous-préfet, et cela par une conséquence forcée des attributions que leur confèrent les lois. On s'est fondé sur la loi du 24 vendémiaire an III, titre I, article 1, sur l'arrêté du 19 fructidor an IX, article 3, et le décret du 16 juin 1808, pour décider que les fonctions judiciaires étaient incompatibles avec celles de conseiller de préfecture. Même solution pour les avoués, d'après l'avis du Conseil du 18 juillet 1809 approuvé et inséré au *Bulletin* (ord. 16 février 1811, Nast); pour les notaires (loi du 24 vend. an III, tit. II, art. 5, avis du Conseil du 10 ventôse an XIII, inédit); pour les membres des Conseils généraux et d'arrondissement (loi du 22 juin 1833, art. 5 et 23); pour les conseillers municipaux (loi du 21 mars 1831, art. 18). Une décision de l'ordre des avocats de Toulouse du 12 novem-

Digitized by Google

bre 1840 avait étendu aux avocats cette incompatibilité ; mais la Cour de Toulouse, Chambres réunies, a réformé cette décision le 11 décembre 1840. Son arrêt peut être légal en l'état, mais nous pensons que, sans entrer dans aucuns détails, la loi devrait déclarer les fonctions de conseiller de préfecture incompatibles avec toute autre fonction publique et toute profession privée. Elles sont assez importantes pour exiger que celui qui en est revêtu y consacre tout son temps.

§ III. — De la procédure devant les Conseils de préfecture.

« En réglant l'instruction des affaires contentieuses devant le Conseil d'Etat, on a oublié d'organiser la procédure des tribunaux administratifs de première instance ; c'était oublier les fondements de l'édifice. C'est sur l'introduction des instances que la pensée d'un bon législateur doit d'abord se porter. » M. de Cormenin, *Introduction au droit adm.*, p. 29.

Appelé à suivre pendant quelque temps près d'un Conseil de préfecture diverses affaires contentieuses dans l'intérêt de l'administration centrale et d'une des communes les plus importantes de France, j'ai vu mettre en pratique près de ce même Conseil toutes les manières de procéder. Suivant que l'affaire rentrait dans la division des travaux publics ou dans celle des communes, nous étions obligés d'adopter une marche tout à fait différente, et que nous appelions, par allusion à la position des bureaux, la jurisprudence du premier et du second étage. De la régularité, je n'en ai jamais rencontré, et j'ai la conviction que c'était une des préfectures dont le Conseil fonctionnait le mieux. Quant à l'instruction, elle se faisait dans les bureaux, elle se poursuivait et se terminait toujours à l'insu des parties.

Il faut se garder de donner accès dans les Conseils de préfecture à ces lenteurs des instructions civiles, inconciliables avec les nécessités de l'administration ; mais il faut soumettre ces Conseils à une marche régulière quoique rapide ; il faut que les intéressés soient assurés d'être jugés par leurs juges et non par les bu-

Digitized by Google

reaux ; il faut que les juges soient mis à même de statuer en pleine connaissance de cause.

J'ai déjà rappelé les paroles de l'orateur du gouvernement, lors de la présentation de la loi de l'an VIII : « Remettre le contentieux de l'administration, disait-il, à un Conseil de préfecture, a paru nécessaire pour garantir aux personnes intéressées qu'elles ne seront pas jugées sur des rapports et des avis de bureaux... » Eh bien ! cette garantie ne sera réelle que lorsque l'on aura admis la publicité des audiences et la défense orale. Pourquoi ces garanties existent-elles devant le Conseil d'Etat qui en présente tant par lui-même, et ne les admet-on pas devant les Conseils de préfecture ? L'instruction par écrit, en l'absence des débats oraux, a cela de fâcheux qu'elle se fait dans les bureaux de la préfecture, le plus souvent à la diligence d'une seule des parties, et que l'on peut croire qu'elle se fait partialement. La justice administrative, comme la justice ordinaire, non-seulement doit être à l'abri de tout reproche, mais il faut encore que le mode de procéder ne permette pas le soupçon.

La règle de l'article 130 du Code de procédure civile n'est pas applicable lorsque l'État est en cause; dans ce cas chaque partie supporte les frais avancés par elle. Cette règle, qui est depuis longtemps admise par le Conseil d'Etat (ordonnances des 25 janv. 1839, Giraud, et 20 nov. 1840, Monteix entre autres), a donné lieu à de grands débats dans plusieurs circonstances. On doit supposer que les représentants des intérêts de l'Etat, lorsqu'ils ont défendu devant le Conseil de préfecture, en suivant les formalités préalables voulues par la loi et sous leur responsabilité, ont eu des motifs sérieux pour repousser une demande, et leur erreur ne peut entraîner une condamnation aux frais contre l'État.

La plupart des formalités relatives à l'instruction n'ont besoin que d'être énoncées, et nous nous contenterons de le faire dans la dernière partie de cet article où nous résumerons notre travail. Nous aurons à y indiquer, entre autres, une modification relative au recours devant le Conseil d'État pour les jugements in-

Digitized by Google

terlocutoires. Tout en reconnaissant qu'on peut différer de les attaquer jusqu'au jugement définitif (ord. 23 juin 1819, Picot), on admet qu'on peut les attaquer avant. Il est vrai que les jugements interlocutoires préjugent le fond; mais en ce sens qu'ils admettent ou repoussent certains moyens, et non la demande elle-même qui peut être accueillie en définitive. Il ne devrait être permis de les attaquer qu'après le jugement du fond, comme il est de principe pour les jugements préparatoires (ord. 19 juillet 1833, Charageat); ce serait le moyen d'éviter des évolutions de procédure.

Jusqu'ici, je ne me suis occupé que de l'instruction des affaires contentieuses, je crois que c'est la seule qui doive être réglementée par la loi; celle des affaires administratives doit être laissée dans le domaine du simple règlement, quelquefois même de la circulaire. Quant aux affaires dans lesquelles le Conseil de préfecture est appelé à remplir des fonctions de tutelle administrative, des lois spéciales ont pourvu aux modes à suivre et aux recours possibles contre les décisions, et il est inutile d'y revenir.

§ IV. — Conclusion.

Je résume tout ce qui précède, en employant la forme impérative pour éviter les répétitions et les longueurs.

I. — *De la composition des Conseils de préfecture.*

Il doit y avoir dans chaque chef-lieu de département un Conseil de préfecture.

Il sera composé :

De trois, quatre ou cinq conseillers, suivant la classification adoptée par la loi des finances de 1832;

D'un nombre de suppléants double de celui des titulaires;

D'un commissaire du gouvernement, en la personne du secrétaire général de la préfecture;

D'un greffier, qui sera de droit chef de la division des archives, et prendra le titre de secrétaire-archiviste.

Digitized by Google

Le Conseil sera présidé par le préfet ou le plus ancien des conseillers.

Tous les membres seront amovibles.

Ils seront nommés par le chef du pouvoir exécutif, sur la présentation du ministre de l'intérieur.

Le préfet, en cas d'empêchement du commissaire du gouvernement, désignera un chef de division pour le remplacer.

Il désignera l'employé des archives chargé, en empêchement du secrétaire-archiviste, d'en remplir les fonctions.

Les membres du Conseil devront être âgés de vingt-cinq ans au moins.

A l'exception du préfet et du secrétaire-archiviste, ils seront licenciés en droit, à moins qu'ils n'aient rempli pendant deux ans au moins des fonctions administratives à la nomination du chef du pouvoir exécutif.

Les suppléants seront pris surtout parmi les chefs d'administration et employés supérieurs, sans que le choix du gouvernement soit limité à cette catégorie.

Les fonctions de conseiller de préfecture seront incompatibles avec toute autre fonction publique et avec toute profession privée.

II. — *Des attributions des Conseils de préfecture.*

Les Conseils de préfecture sont placés dans la sphère administrative.

Ils ont des attributions contentieuses, des attributions consultatives et des attributions de tutelle administrative.

Leurs attributions contentieuses consistent à statuer en premier ressort, et comme juges ordinaires, sur toutes les matières du contentieux administratif qui n'ont pas été expressément attribuées par les lois à d'autres autorités.

Leurs attributions consultatives consistent à donner leur avis, soit dans les cas déterminés par la loi, soit sur toutes les questions qui leur sont soumises par les préfets.

Leurs attributions de tutelle administrative leur donnent le

Digitized by Google

droit d'intervenir dans les cas et suivant les formes prévus par les lois, dans toutes les difficultés que fait naître l'administration des biens des départements, des communes, et de tous autres établissements publics considérés comme personnes civiles.

III. — *Des formes de procéder en matière contentieuse.*

Le Conseil de préfecture doit s'assembler au moins trois fois par semaine, à jour fixe, pour statuer sur les affaires contentieuses. Il peut se réunir plus souvent, et siéger même les jours fériés, si le besoin du service l'exige. (Ordonn. du 30 mai 1834, Labatut.)

Il est saisi par l'assignation donnée par l'une des parties. (Maintenant une simple lettre suffit; ordonnance du 21 novembre 1839, Guizot.)

L'assignation contient les noms, prénoms, demeures et qualités des parties, l'exposé sommaire des faits et moyens, les conclusions, élection de domicile dans la ville où siége le Conseil, et citation à comparaître.

Le délai ne peut être moindre d'un jour. (Anal. en matière commerciale, art. 416 Cod. pr. civ.)

L'assignation ne peut être donnée que devant le Conseil de préfecture du département, du domicile ou de la résidence du défendeur, ou devant celui du lieu où se sera passé l'acte administratif ou le fait donnant lieu à la difficulté, ou devant celui de la situation de l'immeuble à raison duquel le litige a lieu.

L'exception tirée de l'omission de cette règle doit être proposée, à peine de déchéance, avant toute exception et défense.

Les règles de compétence à raison de la matière sont de droit public; toutes dérogations à ces règles sont nulles (Anal. 424 Cod. pr. civ.; ordonn. du 31 décembre 1831, Bénard.), alors même qu'elles auraient pour objet de soumettre aux Conseils de préfecture des difficultés attribuées par les lois à d'autres autorités administratives.

A la première audience, qui a lieu le jour fixé par l'assigna-

Digitized by Google

tion, l'affaire est appelée et inscrite avec un numéro d'ordre, sur un registre spécial tenu par le secrétaire-archiviste.

Si elle est en état, elle reçoit décision le plus promptement possible.

Si une instruction est nécessaire, elle est renvoyée à jour fixe, avec désignation d'un conseiller rapporteur.

Pendant le premier tiers du délai ainsi fixé, le demandeur est obligé de déposer au bureau des archives les pièces dont il veut se prévaloir et ses observations écrites ; le défendeur est admis ensuite à en prendre connaissance et à fournir les pièces et réponses qu'il jugera convenables, pourvu qu'il le fasse quatre jours avant celui auquel l'affaire a été fixée pour recevoir décision.

Mention est faite sur le registre des causes, à la suite de l'inscription de chacune d'elles, du jour du dépôt et du nombre des pièces déposées; à cet effet, le secrétaire-archiviste doit veiller à ce que les dépôts de pièces soient accompagnés d'un inventaire.

Quatre jours avant l'expiration du délai fixé, il doit transmettre les pièces au conseiller rapporteur.

Les parties ou leurs fondés de pouvoir pourront fournir à l'audience publique, et après le rapport, des explications orales, toujours sommaires, et dont au besoin le président pourra limiter la durée. Il ne pourra être produit de nouvelles pièces à l'audience. Le commissaire du gouvernement sera ensuite entendu, excepté dans les cas où il l'aurait déjà été comme représentant des parties en cause.

La délibération du Conseil n'est pas publique.

Le Conseil peut ordonner, même d'office, les vérifications, expertises, descentes, enquêtes, interrogatoires et tous actes d'instruction qu'il jugera nécessaires. (*Sic*, ordonn. du 17 janvier 1838, Rodet.)

Ces mesures préparatoires ne seront soumises à aucune règle spéciale dont l'omission puisse emporter nullité. (Il n'en est pas de même aujourd'hui ; ordonn. du 15 juin 1812, Lassis ; 25 juin

Digitized by Google

1817, Albitte ; 13 août 1824, Bligny ; 13 octobre 1828, Fessin ; cependant à voir, 25 novembre 1831, Torterot.)

Toutefois, le poursuivant, à peine de nullité, devra, par une dénonciation authentique, mettre le défendeur à même d'être présent à toutes les parties de l'opération, et de présenter des observations qui seront consignées dans les procès-verbaux.

Les mesures d'instruction, quels qu'en soient les résultats, ne lient jamais le Conseil. (*Sic*, ordonn. 18 janvier 1825, Pernot ; 16 janvier 1828, Brizon.)

Lorsque les débats soulèvent des questions qui ne sont pas de la compétence du Conseil, et qu'il juge devoir être préalablement vidées, il retient l'affaire, et surseoit à statuer jusqu'au jugement des questions incidentes par l'autorité compétente. (Anal., art. 426 et 427 Cod. pr. civ. ; art. 20, décret du 22 juillet 1806.)

Il fixe le délai dans lequel cette autorité devra être investie par la partie la plus diligente.

Ces renvois doivent être jugés par les autorités compétentes dans le plus bref délai, et de préférence à toute autre cause.

Les décisions du Conseil de préfecture prennent le nom d'arrêtés, et ont tous les effets des jugements émanés des tribunaux civils. (*Sic*, avis des 16 thermidor an XII, 29 octobre 1811 et 24 mars 1812.)

Trois conseillers au moins, y compris le rapporteur, sont nécessaires pour rendre un arrêté.

Le préfet ne peut y concourir dans les affaires où il est en qualité. Les fonctions de président sont alors remplies par le plus ancien des conseillers.

En cas d'empêchement ou de partage, un suppléant est appelé dans l'ordre des nominations, et il en est fait mention dans l'arrêté, ainsi que des causes de l'empêchement.

L'arrêté mentionne les noms des conseillers qui y ont pris part, du commissaire du gouvernement et du secrétaire ; il indique si les conclusions du commissaire du gouvernement,

Digitized by Google

lorsqu'il n'est pas partie, ont été conformes ou contraires à l'arrêté.

L'arrêté est signé par le président et le secrétaire. (Anal., art. 138 C. pr. civ.; art. 31, ord. régl. du 18 sept. 1839; ord. 22 fév. 1821, Lavigne; 16 fév. 1825, Vidaud, etc. L'ordonnance réglementaire exige en outre la signature du rapporteur.)

Il est motivé. (Arg., art. 7, L. 20 avril 1810; ordonn. 12 décembre 1818, Fouquet; 16 janvier 1822, Boivin; 18 juillet 1834, Delucenay; 8 août 1834, Leclerc; 19 décembre 1834, Vasilières; 21 décembre 1837, Coulon; 18 juin 1846, élections de Brou); il vise les lois dont il fait l'application. (Ord. 21 avril 1830, Dupuy; 27 octobre 1836, Guignebard.)

Il est expédié avec la formule exécutoire (*contra* avis des Comités du contentieux et de l'intérieur du 5 février 1826), et copie de l'exploit introductif d'instance qui reste déposé aux archives et annexé à l'arrêté.

Les articles 130 et 131 du Code de procédure, relatifs aux dépens, sont applicables par les Conseils de préfecture, sauf l'exception ci-après : lorsqu'une administration peut se faire représenter par le commissaire du gouvernement, et qu'il a été usé de cette faculté, les dépens sont supportés par la partie qui les a exposés (jurispr. constante du Conseil d'État); ceux résultant des actes d'instruction ordonnés d'office sont à la charge du succombant.

Sont applicables à la tenue des séances publiques du Conseil de préfecture les dispositions des art. 88 et suivants du Code de procédure civile sur la police des audiences. (*Sic*, art. 26, loi du 21 juillet 1845.)

Les arrêtés du Conseil de préfecture sont tous en premier ressort.

Ils sont préparatoires, interlocutoires ou définitifs.

Ils sont par défaut ou contradictoires.

Le recours contre les arrêtés contradictoires définitifs est porté devant le Conseil d'État.

Il est formé, à peine de nullité d'ordre public, dans les trois

Digitized by Google

mois de la notification de l'arrêté. Après l'expiration des trois mois, il n'est plus utile que dans l'intérêt de la loi, et ne peut être élevé que par le ministre compétent. (Ordonn. 3 septembre 1836, ministère de l'intérieur, 8 février 1838, ministère des finances; 27 février 1840, Bougeot.)

Dans le délai légal, il peut être formé, dans l'intérêt d'une administration, par l'administration en cause ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques.

Le recours à l'égard des arrêtés préparatoires (*sic*, arg., art. 451 C. pr. civ.; ordonn. 21 février 1814, com. d'Aurillac; 2 février 1825, Perdry; 19 juillet 1833, Charageat) et interlocutoires (*contra*, ordonn. 23 juin 1819, Picot), ne peut être formé qu'avec le recours contre l'arrêté définitif.

L'omission de statuer sur l'un des chefs de la demande ne peut être réparée que par une action nouvelle. (Ordonn. 16 février 1836, Orgon; 6 avril 1836, Bois; 22 novembre 1836, Blanchard; 25 janvier 1838, élections de Mennecy.)

L'arrêté rendu par défaut peut être attaqué par la voie de l'opposition.

Et cela, dans tous les cas, tant qu'il n'a pas été procédé à l'exécution. (*Contra*, aujourd'hui en matière de police de roulage, règlement du 7 juillet 1833, art. 8.)

L'opposition est portée, par citation, devant le Conseil qui a rendu l'arrêté.

L'arrêté n'est jamais par défaut contre le demandeur. (Ord. 27 avril 1841, Levrard.)

Il ne peut être considéré comme pris par défaut, alors même que le défendeur n'aurait pas usé de la faculté de fournir des explications orales, si la partie a été représentée à l'un des actes de l'instruction, ou si elle a fait parvenir par un mode légal des observations par écrit. (*Sic*, ordonn. 29 mai 1822; 4 juillet 1830, Deroy; 6 février 1831, Brun; 14 juin 1837, Ducaurroy; 26 février 1840, de Marcien; 16 janvier 1846, Giudicelli.)

Le défendeur à qui la voie de l'opposition est ouverte peut

*

Digitized by Google

user immédiatement de la voie du recours devant le Conseil d'État. (La jurisprudence est aujourd'hui contraire.)

Le recours au Conseil et l'opposition ne sont pas suspensifs, à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par l'arrêté attaqué. (Anal., décret du 22 juillet 1806, art. 11 et 29.)

Une partie peut former tierce opposition à un arrêté qui préjudicie à ses droits, et lors duquel ni elle, ni ceux qui la représentent n'ont été appelés. (Anal., Cod. pr., art. 474; *sic*, décret 22 juillet 1806, art. 37; ordonn. 4 novembre 1835, Moiroird; 17 mars 1835, Laroche; 8 janvier 1836, Prudhomme.)

La tierce opposition est portée devant le Conseil qui a rendu l'arrêté attaqué.

Si l'instance est pendante, la tierce opposition est formée par requête dénoncée aux parties en cause; sinon elle est formée suivant les modes ordinaires suivis dans les instances devant le Conseil de préfecture.

Nulle autre voie de réformation que le recours au Conseil, l'opposition et la tierce opposition, n'est ouverte contre des arrêtés du Conseil de préfecture. (*Sic* pour la requête civile, ord. 24 octobre 1827; pour le recours au Conseil de préfecture mieux informé, ord. 8 mai 1822, Beard; 4 février 1836, Vallie; pour le recours au préfet ou au ministre, ord. 9 juin 1812, Plumier; 24 décembre 1828, Zettener.)

Les Conseils de préfecture ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements. Les tribunaux civils ou les autorités administratives en connaîtront suivant les cas.

Les significations faites dans la procédure devant les Conseils de préfecture, à la requête des administrations représentées à l'audience par le commissaire du gouvernement, seront faites par tout agent de l'administration dont les procès-verbaux font foi en justice (actuellement l'Etat est autorisé à les faire faire en la forme administrative; ord. 17 juillet 1837, Meyer; 27 octobre 1837, Pelletan; 18 juillet 1838, Laval; 29 janvier 1841, de Champigny, etc.); elles seront visées pour timbre et enregistrées *gratis;* celles faites au nom de personnes privées ou des

Digitized by Google

administrations agissant comme personnes civiles, seront faites par huissier (*sic*, ord. 17 avril 1812, Rouvairolis; 6 mars 1816, Barreaux; 13 juin 1821, Mouliné; 5 mai 1830, Delahaye), sur papier timbré, et enregistrées au droit fixe de un franc.

Toutefois, lorsque le chiffre de la demande sera inférieur à 25 fr., la procédure pourra être faite sur papier visé pour timbre *gratis*, l'enregistrement aura lieu *gratis*, et les notifications seront faites *gratis* par les agents de l'administration désignés, sur la demande des parties, par le commissaire du gouvernement.

Pour les émoluments des huissiers, secrétaire-archiviste, experts, etc., on se référera à l'ordonnance portant tarif, rendue à la suite de la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. En cas de difficultés à ce sujet, le président ou le conseiller délégué par lui les videra seul et en dernier ressort.

IV. *Des formes de procéder en matière administrative.*

Le Conseil de préfecture ne pourra se réunir pour délibérer sur les affaires administratives non contentieuses, que lorsqu'il y aura été invité par le préfet.

Il délibérera sous sa présidence, sans donner d'avis par écrit. Dans le cas où cet avis n'est point prescrit par la loi, le préfet en fera mention en employant la formule : *Le Conseil de préfecture entendu.* Lorsqu'il doit, d'après la loi, prendre préalablement cet avis, l'arrêté devra porter : *Le préfet du département de....., séant en Conseil de préfecture, où étaient présents MM.....*

L'avis du Conseil de préfecture ne devra être écrit et former un acte distinct que dans le cas où cet avis est prescrit comme simple mesure d'instruction par la loi, qui donne au préfet des fonctions distinctes : dans ce cas, le préfet devra s'abstenir de présider. L'avis mentionnera le nombre des voix dissidentes, et les motifs de l'avis, comme ceux de la dissidence ; il sera signé par le président et celui qui remplira les fonctions de secrétaire.

Le secrétaire-archiviste n'assistera aux délibérations que lorsqu'il sera appelé, il tiendra alors la plume ; s'il n'est point ap-

Digitized by Google

pelé, le secrétaire général remplira les fonctions de secrétaire, en conservant voix délibérative comme les autres conseillers.

L'avis du Conseil de préfecture ne lie jamais le préfet, ni l'administration supérieure.

Dans les actes de tutelle administrative, le Conseil, convoqué par le préfet, délibérera sous sa présidence sur le rapport du commissaire du gouvernement, et à défaut, d'un conseiller; la voix du préfet sera prépondérante en cas de partage. Le secrétaire-archiviste rédigera les décisions; elles seront signées par le préfet et par le secrétaire-archiviste : ce dernier les transmettra administrativement aux intéressés.

Dans les attributions administratives et celles de tutelle administrative, le secrétaire général sera considéré comme un conseiller de préfecture, et il comptera dans le nombre de trois conseillers au moins prescrit pour valider les délibérations ou avis du Conseil.

Les séances du Conseil, en ces matières, ne seront jamais publiques; elles auront lieu dans la salle de la préfecture, fixée par le préfet dans la convocation.

Telles sont, ce nous semble, les règles auxquelles on devrait s'arrêter pour l'organisation des Conseils de préfecture.

On me reprochera peut-être de m'écarter des idées que j'indiquais dans le numéro d'avril 1848 de la *Revue* : ce n'était là, surtout pour les matières administratives, qu'un travail incomplet destiné à satisfaire aux exigences du moment, en sauvegardant les principales garanties de nos institutions judiciaires.

Et puisque je suis assez heureux pour pouvoir expliquer toute ma pensée quant à ce travail, qui m'a valu l'honneur de quelques critiques, je rappellerai que cet article, inséré dans le numéro d'avril de la *Revue*, a été écrit en mars, alors que l'ordre judiciaire était menacé dans son organisation et ses garanties les plus chères aux justiciables. L'inamovibilité, attaquée violemment, tombait sous un décret du 17 avril, comme incompatible avec le gouvernement républicain. Dans la presse, à la tribune, on de-

Digitized by Google

mandait que les nominations judiciaires fussent laissées à l'élection, on voulait même supprimer un degré de juridiction. Je pris la plume pour défendre ces trois principes : l'inamovibilité, la nomination par le chef du pouvoir exécutif et les deux degrés de juridiction. J'écrivais : « Abolir l'inamovibilité du juge civil, c'est abolir chez nous la justice (p. 367) ; si vous donnez les places de juge à l'élection, vous aurez des hommes emportés par la passion, entraînés par le résultat de la lutte qui les a fait triompher, songeant trop à venger le passé, à se ménager une nouvelle victoire pour l'avenir (p. 358). Le recours contre les décisions du premier degré a été admis chez presque tous les peuples ; ne négligeons pas l'expérience de plusieurs siècles, et ne repoussons pas des institutions judiciaires qui, adoptées depuis si longtemps, n'ont rien d'incompatible avec nos nouvelles institutions politiques, et sont admises par presque toutes les constitutions modernes (p. 354). »

Il est vrai que je faisais, en même temps, quelques concessions à l'esprit du temps, concessions dont l'utilité est plus ou moins contestable. D'ailleurs, en mars, il était impossible de défendre utilement les principes et de ne pas faire des concessions ; je faisais la part du feu aussi petite que possible, mais mon but, mon seul but était de sauvegarder l'édifice.

Mes intentions étaient trop pures pour que je ne dusse pas tenir à les faire connaître explicitement ; je crus alors faire une bonne action, et c'est encore mon opinion aujourd'hui.

FÉRAUD-GIRAUD.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

M. MALPEL.

La Faculté de droit de Toulouse vient de faire une grande perte. M. Malpel, professeur de Code civil, ancien doyen et ancien recteur, est mort le 15 février 1849, sur son domaine de Villemur, à l'âge de quatre-vingt-trois ans.

La nouvelle de ce triste événement a produit dans notre ville une douloureuse sensation ; cette sensation a été encore plus vive au barreau, à l'École de droit, et dans tous les rangs des hommes voués au culte de la science ou à la pratique des affaires. Là, surtout, on s'est plu à rappeler les facultés éminentes de celui sur lequel la tombe vient de se fermer, son immense aptitude, les succès qu'il avait obtenus tour à tour comme avocat, comme professeur, comme jurisconsulte, comme écrivain; succès qui ont eu un grand éclat, et dont le retentissement n'est resté renfermé ni dans l'enceinte de notre ville, ni dans les limites d'une seule province.

Avocat plaidant à la Cour d'appel de Toulouse durant une période de près de dix ans [1], M. Malpel y avait conquis une clientèle des plus nombreuses et des plus honorables. L'attrait de son improvisation, qui parut d'autant plus remarquable qu'on n'avait plaidé jusqu'alors qu'au moyen de brevets écrits, l'habileté de sa dialectique, la lucidité de son exposition, la forme distinguée de son argumentation, lui concilièrent bientôt les suffrages de la magistrature et la confiance du public. Peu de temps après son début, il s'était élevé au premier rang. Il ne fallait rien moins que les facultés dont son esprit était doué pour lutter tous les jours avec avantage contre des rivaux tels

[1] De 1809 à 1819.

Digitized by Google

que les Carle, les Dubernard, les Romiguière. Le premier avait peut-être plus de finesse et plus de ressource dans l'invention des moyens; le second pouvait être plus subtil et plus ingénieux; le troisième avait assurément plus d'autorité dans sa parole; il réunissait à un plus haut degré toutes les qualités qui constituent un orateur de premier ordre; mais aucun d'eux n'était plus jurisconsulte que M. Malpel, aucun d'eux ne possédait mieux que lui la véritable doctrine, la doctrine pure du droit civil.

C'est un témoignage que ses honorables émules se plaisent à lui rendre, et on n'est jamais bien jugé que par eux. Son mérite était d'autant plus apprécié, que M. Malpel avait vu s'écouler les plus belles années de sa vie dans la carrière militaire [1], ou dans l'exercice des fonctions modestes de juge de paix du canton de Villeneuve [2], son pays natal.

Il ne faut donc pas s'étonner si, lorsque deux chaires de Code civil devinrent vacantes, en 1819, à la Faculté de droit de Toulouse, l'opinion publique désigna aussitôt M. Malpel comme un des prétendants légitimes à l'une d'elles. Les épreuves du concours ne tardèrent pas à justifier ces préventions favorables. M. Malpel fut nommé à la chaire qu'avait occupée M. Jamme. Il partagea la palme des vainqueurs avec M. Delpech qui, lui aussi, a projeté un grand lustre sur la chaire qu'il conquit dans le même concours [3].

Elève de M. Malpel à une époque où son talent était encore dans toute sa vigueur, j'ai pu apprécier par moi-même toutes les qualités de son enseignement.

Sa méthode était excellente.

Ce qui en constituait la force ou le côté dominant, c'était un esprit d'analyse qui disséquait admirablement toutes les parties d'un texte, qui mettait en relief toutes les difficultés qu'il

[1] Il avait fait partie, pendant la Révolution, de l'armée des Pyrénées-Orientales, où il avait obtenu le grade de chef de bataillon.

[2] Il avait été appelé à ces fonctions par les assemblées primaires.

[3] M. Delpech remplaça M. Furgole, petit-fils de l'illustre auteur du *Traité des testaments*.

Digitized by Google

pouvait présenter, et faisait toucher du doigt aux esprits les plus novices les raisons de douter et les raisons de décider. Il avait puisé les germes de cette méthode dans les études philosophiques qu'il avait faites à l'ancien collége de l'Esquile sous la direction d'un homme devenu depuis célèbre, sous la direction de M. Laromiguière. Après avoir été un de ses disciples les plus distingués, M. Malpel avait eu le bonheur de devenir son ami. Il aimait à rappeler souvent cette amitié, qui était en effet très-honorable et très-flatteuse, et il ne parlait qu'avec l'accent de la plus profonde reconnaissance des bontés qu'avait eues pour lui un des plus illustres fondateurs de la philosophie moderne.

Ainsi discipliné par d'excellentes études classiques, l'esprit du savant professeur avait été admirablement préparé à l'étude et à l'enseignement du droit. Personne n'était plus disert ni plus attachant que lui dans l'exposition d'une doctrine. Il s'abandonnait peut-être un peu trop au courant de sa facilité naturelle ; peut-être aussi accordait-il une place trop large aux éléments de la jurisprudence ; mais ces légers défauts, qui s'expliquent si bien de la part d'un homme enseignant mûri dans la polémique du barreau, étaient rachetés chez lui par tant d'autres avantages, qu'ils passaient inaperçus au milieu de l'attention des élèves toujours séduits, toujours captivés par le charme de sa parole.

Si l'abondance élégante et harmonieuse de son langage attestait les heureuses dispositions dont la nature l'avait doué, l'exactitude, au coin de laquelle il était marqué, prouvait le sérieux de ses connaissances positives en législation. Le droit n'est autre chose qu'une langue bien faite, et il n'est donné qu'aux vrais jurisconsultes de la parler correctement. Eh bien ! j'oserais affirmer qu'il n'est peut-être jamais arrivé à personne de surprendre M. Malpel employant une locution ou un mot impropre. Il avait donc le droit de se montrer lui-même très-exigeant à cet endroit ; aussi recommandait-il à ses auditeurs, avec le plus grand soin, l'exactitude à laquelle il s'était habitué. Un terme inexact produisait sur lui, et comme à son insu, l'effet

Digitized by Google

que produit une fausse note sur l'oreille d'un musicien consommé.

Pour mon compte, je déclare n'avoir jamais connu une organisation aussi heureuse que la sienne pour les études juridiques. Il savait, sans doute, beaucoup et bien; il savait autant de droit romain qu'il en fallait pour l'explication de notre droit moderne; il savait surtout parfaitement l'ancienne jurisprudence des pays de droit écrit, et son esprit, servi par une mémoire prodigieuse, en avait retenu les plus précieux documents ; il savait encore mieux la législation révolutionnaire ou transitoire, qu'il avait personnellement expérimentée. Mais ce qu'il pouvait ignorer, il semblait le pressentir ou le deviner. Il avait, on peut le dire, l'instinct de la science, et rappelait, sous ce rapport, ce que nos anciens nous ont transmis de l'ancien avocat au Parlement, Desirat.

Les succès de l'avocat et du professeur avaient assuré ceux du jurisconsulte. A peine M. Malpel fut-il retiré du barreau qu'il vit son cabinet fréquenté par une foule de clients qui venaient lui demander des consultations. C'était un grand honneur à une époque où florissaient encore dans notre cité les Espinasse, les Roucoule, les Laviguerie ; où ces nobles et glorieux vétérans de la jurisprudence répandaient, dans les premières années de leur verte vieillesse, les plus vives lumières sur le midi de la France. Associé à leurs travaux, admis à leurs conférences quotidiennes, M. Malpel vit bientôt son nom faire autorité devant un grand nombre de tribunaux. Il était des contrées où on n'aurait pas engagé ou soutenu un procès important sans avoir pris son avis. Dans sa consultation, il avait peut-être le tort d'être trop indécis, de ne pas compter assez sur ses forces et sur son expérience. Il ne savait pas assez être convaincu, profondément convaincu ; il avait trop de tendance à revenir sur ses résolutions. Mais j'ai remarqué plus d'une fois que les esprits les plus tranchants, les plus résolus et les plus invariables dans une décision, n'étaient pas toujours les plus sûrs ni les plus droits. Qu'on étudie la biographie des jurisconsultes romains, et on verra qu'il leur arrivait souvent de douter, de modifier leur

Digitized by Google

première opinion. Ne rencontrons-nous pas bien souvent dans leurs fragments les formules *Mihi videtur... veriùs videtur... magis puto... vereor ne non ita sit...* Le plus illustre d'entre eux, Papinien, ne disait-il pas dans une occasion : *Nobis aliquando placebat; sed in contrarium me revocat Sabini sententia.* Cujas n'a-t-il pas dit de son côté, en parlant de cette franchise de Papinien : « Elle me plaît beaucoup, elle doit être un enseignement pour tous. » *Hæc ingenuitas Papiniani mihi valde placet, et debet esse omnibus documento* [1].

Celui-là seul qui ne voit pas, qui ne comprend pas les difficultés, ignore le mérite qu'il y a dans un doute intelligent ou dans une rétractation consciencieuse.

Il ne manquait plus à l'avocat disert, au professeur distingué, au jurisconsulte éprouvé, que la gloire de l'écrivain.

Cette gloire ne lui fait pas défaut.

Dans le courant de l'année 1824, M. Malpel publia son *Traité élémentaire des successions ab intestat.* Il le publia sous les auspices du vénérable M. Laviguerie, son patron et son ami particulier, qui lui avait un jour révélé sa vocation, en l'engageant à déposer ses fonctions de juge de paix, pour venir prendre place au barreau de Toulouse, comme autrefois un avocat au Parlement avait fait la même révélation à M. Laviguerie le père [2]. L'auteur n'avait destiné son livre qu'à ses élèves; il le déclare lui-même dans son introduction, et chacun de ses chapitres porte le titre de *Leçon.* Sa modestie lui avait dissimulé les ressources qu'il devait offrir aux personnes les plus avancées dans la science, et l'accueil que le public lui réservait.

Il n'est pas dans cette matière si usuelle, mais pleine de difficultés et féconde en controverses, un point culminant qui ne soit examiné en conscience, débattu avec discernement, résolu avec une grande justesse. On y remarque plusieurs dissertations

[1] Voy. *Quæst. Papinian.*, lib. XXVII, *ad leg.* 54, *Mandat.*

[2] Voy. notre opuscule intitulé : *De l'enseignement du droit français dans la Faculté de droit de l'ancienne Université de Toulouse*, pag. 90.

Digitized by Google

qui ne laissent rien à désirer. La forme et le fond sont tout à fait irréprochables. Je signalerai, par exemple, les dissertations sur la théorie médico-légale de la viabilité, sur la valeur des aliénations faites par l'héritier apparent, sur l'interprétation des articles 845 et 857 du Code civil, interprétation qui faisait alors le tourment des jurisconsultes et divisait la Cour de cassation et les Cours d'appel.

Il ne faut pas, sans doute, espérer de rencontrer dans ce travail, ni cette touche vigoureuse, ni cette élévation des aperçus philosophiques qui ont caractérisé plus d'une production moderne. Les cadres adoptés par M. Malpel ne le permettaient pas; mais on y retrouve avec plaisir ses qualités dominantes. C'est bien toujours ce fil conducteur de l'analyse qui nous fait parcourir sans effort toutes les parties intéressantes du sujet; cette critique fine, délicate, pénétrante, qui relève avec bonheur les erreurs ou les inexactitudes de la doctrine ou de la jurisprudence; c'est bien toujours un légiste autorisé qui parle pertinemment et savamment de choses qui lui sont familières, qui concilie heureusement la doctrine et la pratique; enfin, c'est bien cette plume exercée, rompue à tous les exercices de la controverse, qui ne laisse à l'écart aucun détail important. — Aussi ce livre fut-il l'objet d'un accueil empressé de la part des jurisconsultes les plus éminents. M. Merlin le cita avec éloge; M. Dalloz en donna de larges résumés dans son Dictionnaire alphabétique; plus récemment, M. Troplong l'a invoqué plusieurs fois avec fruit.

Ces suffrages, ces témoignages d'estime publics, réitérés, spontanés, élevèrent au dehors le niveau de la réputation de M. Malpel. Il fut, et avec juste raison, plus particulièrement sensible au suffrage de M. Merlin, dont il aimait lui-même à invoquer l'autorité dans la plupart de ses solutions.

Ce succès est sans contredit le plus considérable de tous ceux qu'il a obtenus dans sa longue carrière.

Le *Traité des successions ab intestat*, ainsi consacré par une autorité suprême, nous restera donc; il est acquis définitivement

Digitized by Google

à la science. Nous le plaçons avec un légitime orgueil, nous ses anciens collègues, à côté des travaux de nos plus illustres devanciers, à côté des travaux de d'Hautesserre et de Boutaric; nous sommes heureux de pouvoir ainsi renouer par lui et avec lui la chaîne de nos plus glorieuses illustrations.

Un ouvrage sérieux n'est pas seulement une œuvre méritoire pour son auteur; il appartient au corps savant dont l'auteur est membre; il rejaillit sur le corps tout entier.

Parlerons-nous maintenant des qualités privées de M. Malpel? mais le deuil de sa famille et de ses amis est bien plus expressif que nous ne pourrions l'être nous-même. De sa bienveillance à l'égard de ses élèves? mais qui ne sait que jamais, dans l'Université, un nom ne fut plus populaire que le sien? Nous constituerons-nous l'interprète des regrets de tous ses anciens collègues? mais que pourrions-nous dire que le public ne sache et n'ait déjà dit avant nous?

Attachons-nous plutôt à conserver de lui le pieux souvenir, auquel il a tant de droits. N'oublions pas que ce souvenir oblige; aspirons à ne pas nous montrer trop indignes d'un tel maître et d'un tel collègue; aimons à nous protéger de quelques-uns des rayons de cette auréole qu'il a fait briller sur sa chaire, et ne négligeons rien pour apporter à la prospérité de notre Faculté, qu'il a tant aimée, qu'il a si bien servie, dont il a été une des lumières, le faible contingent de notre zèle, de notre application et de nos efforts.

BENECH,
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Digitized by Google

DU CONTRAT D'APPRENTISSAGE,

PAR M. F.-E. PARIEU,
Représentant du peuple (Cantal) [1].

Le principe général de la liberté des conventions, qui domine le droit moderne, n'a pas dispensé le législateur de tracer à chaque contrat des règles particulières, soit pour en définir la nature, soit pour protéger contre leurs propres entraînements les parties qui le forment, soit enfin pour obvier, par une interprétation légale, aux litiges qui pourraient s'élever entre les contractants, sur leurs intentions respectives.

L'utilité de ces diverses règles, relativement à chaque contrat, est d'autant plus grande que ce contrat est plus usuel et qu'il intervient entre personnes moins capables de stipuler avec précaution les conventions qui les intéressent.

Le contrat d'apprentissage est certainement, à ce titre, l'un des plus dignes de l'attention du législateur. Il introduit périodiquement dans l'industrie nationale des générations nombreuses, sortant de cette situation sociale où l'insouciante ignorance est la compagne trop fréquente de la misère. Au rapport des hommes d'expérience, il donne lieu, à lui seul, au plus grand nombre des difficultés qui naissent à l'occasion du travail [2]. Néanmoins, tandis que divers contrats peu usuels occupent dans notre Code civil une place étendue, trois articles de la loi du 22 germinal an XI constituent à eux seuls toute la législation

[1] Le contrat d'*apprentissage* constitue une des parties les plus essentielles du Code industriel. Nous reproduisons ici le remarquable travail de M. Parieu sur cette matière délicate; il l'a déposé sous forme de *rapport* à l'Assemblée nationale, au nom du Comité du travail.

[2] Mollot, *Le contrat d'apprentissage expliqué aux maîtres et aux apprentis*, p. 11.

Digitized by Google

d'un contrat, presque aussi dédaigné, d'ailleurs, par la science des jurisconsultes, que par la préoccupation des législateurs.

Un règlement incomplet [1] des cas de résolution du contrat, quelques dispositions destinées à sauvegarder, soit l'obligation pour le maître de rendre l'apprenti à sa liberté après l'exécution de ses engagements, soit la dette de travail de l'apprenti à l'égard du maître ; telles sont les bases étroites et insuffisantes de la législation actuelle sur cette matière.

Ces prescriptions offrent quelques garanties *à posteriori* pour l'exécution loyale du contrat, et protégent surtout d'une manière jalouse la liberté de l'apprenti contre les empiétements du maître ; mais, à l'exception de la disposition qui permet de réduire la durée excessive de l'engagement destiné à tenir lieu au maître de rétribution pécuniaire, elles n'offrent rien qui protége dans les stipulations et les conditions mêmes du contrat les intérêts de la classe des apprentis.

Notre ancienne législation contenait, au contraire, une réglementation aussi soigneuse que variée du contrat d'apprentissage.

[1] Loi du 22 germinal an XI :

Art. 9. Les contrats d'apprentissage consentis entre majeurs, ou par des mineurs avec le concours de ceux sous l'autorité desquels ils sont placés, ne pourront être résolus, sauf l'indemnité en faveur de l'une ou de l'autre des parties, que dans les cas suivants : 1° d'inexécution des engagements de part ou d'autre; 2° de mauvais traitements de la part du maître; 3° d'inconduite de la part de l'apprenti; 4° si l'apprenti s'est obligé à donner, pour tenir lieu de rétribution pécuniaire, un temps de travail dont la valeur serait jugée excéder le prix ordinaire des apprentissages.

Art. 10. Le maître ne pourra, sous peine de dommages-intérêts, retenir l'apprenti au delà de son temps, ni lui refuser un congé d'acquit quand il aura rempli ses engagements.

Les dommages-intérêts seront au moins du triple du prix des journées depuis la fin de l'apprentissage.

Art. 11. Nul individu employant des ouvriers ne pourra recevoir un apprenti sans congé d'acquit, sous peine de dommages-intérêts envers le maître.

Digitized by Google

Ce contrat, obligatoire[1] pour arriver à toute profession industrielle[2], était rédigé par acte devant notaire, auquel intervenaient, assez souvent, les chefs de la communauté à laquelle se destinait l'apprenti[3].

Le règlement de 1782 déclara cependant les brevets d'apprentissage sous seing privé valables, à charge d'enregistrement par les syndics et adjoints, sur un registre à ce destiné[4].

Le législateur s'était préoccupé avec soin de la limitation du nombre des apprentis d'un même maître.

Une ordonnance du 12 février 1553 rappelait des règlements anciens qui avaient interdit aux maîtres et artisans de la capitale d'élever à la fois plus d'un apprenti, et ne leur permettait d'en avoir un second qu'à la condition expresse de le prendre à l'hôpital de la Trinité, institué pour retirer, nourrir et alimenter les pauvres enfants mendiants de Paris[5].

Depuis cette époque jusqu'en 1791, ou tout au moins jusqu'à la révolution industrielle de 1776 à 1782, on voit cette limitation subsister[6] soit d'une manière absolue, soit avec des exceptions restreintes et des modifications temporaires[7].

[1] Le fils qui était demeuré dans la maison de son père ou de sa mère faisant profession de la même marchandise jusqu'à dix-sept ans accomplis, était cependant réputé avoir fait apprentissage. Ord. de 1675, tit. I, art. 1.

[2] M. Lafarelle a proposé de réorganiser l'apprentissage sur une base analogue. Voy. art. 11 à 14 de son *Projet de règlement disciplinaire*.

[3] Lafarelle, *Plan d'une réorganisation disciplinaire des classes industrielles*, chap. I.

[4] *Ibid.*, chap. II.

[5] *Recueil des anciennes lois françaises*, par Isambert. On trouve cependant dans le même recueil une ordonnance du roi Jean, du 30 janvier 1350, qui permet à tous les laboureurs et ouvriers d'avoir un nombre illimité d'apprentis.

La limitation du nombre des apprentis est plusieurs fois consacrée dans le *Livre des métiers* d'Etienne Boileau, ouvrage très-curieux du treizième siècle.

[6] Lafarelle, *ibid.*, chap. I et II.

[7] *Encycl. du droit* de Sébire et Carteret, v° *Apprenti*.

On lit dans les *Statuts de la communauté des chapeliers de Paris de* 1658,

Digitized by Google

Une limite inférieure, quelquefois aussi une limite supérieure, étaient déterminées pour le commencement et la durée de l'apprentissage relatif à chaque profession. Dans l'orfévrerie, par exemple, le temps de l'apprentissage était de huit années ; on ne pouvait être reçu apprenti avant dix ans et passé seize ans [1].

Les obligations réciproques de l'apprenti et du maître étaient protégées aussi par des garanties exceptionnelles. « L'apprenti, « une fois entré chez son maître, ne pouvait s'en absenter, à « peine, pour la première fois, de doubler le temps de son ab- « sence, et pour la deuxième, d'être déchu de son apprentis- « sage [2]. »

Le contrat était dissous par la mort de l'une ou l'autre des parties ; toutefois, la veuve du maître avait le droit de continuer l'apprenti [3].

Toute cette législation, surtout en ce qui concerne l'obligation et la durée normale de l'apprentissage, était empreinte de l'esprit de réglementation exclusive qui caractérisait le régime industriel de cette époque, et dont on retrouve les traces dans plusieurs parties de l'Europe [4].

Cette organisation, brisée sans doute à jamais dans sa partie *privilégiaire* [5], ne recélait-elle aucun avantage dans les disposi-

réimprimés en 1703, un article second ainsi conçu : « Suivant le cinquième article desdites ordonnances du mois de mai 1578, nonobstant le sixième article de celles du mois de mai 1612, les maistres dudit art ne pourront prendre qu'un apprenti pour le temps desdites cinq années, ainsi qu'il est ci-dessus prescrit. Et toutefois, après qu'il y aura quatre desdites années expirées, il sera en la faculté d'en prendre un autre pour pareil temps de cinq années. »

[1] Lafarelle, chap. I et II. — *Encyclopédie* (de d'Alembert), v° *Obligé*, v° *Orfévre*, etc.

[2] *Encyclopédie du droit*, v° *Apprenti*.

[3] Lafarelle, chap. I.

[4] Voir la note à la fin du rapport, *passim*.

[5] Les priviléges de corporation s'étaient mêlés à ceux de naissance. La faculté de l'apprentissage fut réservée longtemps aux seuls enfants issus de légitimes mariages.

Digitized by Google

tions dont elle protégeait l'enseignement industriel, et ne peut-on y trouver rien d'instructif pour notre époque?

Les efforts de la science et du gouvernement pour rechercher depuis longtemps quelques principes d'amélioration et de reconstruction législative applicables à notre régime industriel, tendent à démontrer le contraire.

L'organisation des tribunaux de prud'hommes, la législation des *livrets d'ouvriers* ont préoccupé à diverses époques nos pouvoirs publics.

Le sort des enfants occupés dans les manufactures a été réglé depuis dix-huit ans par des dispositions protectrices [1]. Celui des apprentis plus nombreux placés dans des ateliers occupant moins de vingt ouvriers a frappé moins fortement l'attention de nos législateurs, et il reste abandonné à la prévoyance souvent incomplète des conventions qui les ont confiés à leurs maîtres.

Le ministre de l'agriculture et du commerce sentit toutefois, en 1845, la nécessité de combler cette lacune de notre législation [2], et un projet de dispositions relatives à l'apprentissage fut soumis, à cette époque, aux Conseils généraux des manufactures et du commerce [3].

La pensée de cette amélioration, on pourrait dire de cette création législative, entretenue depuis par les travaux consciencieux de M. Mollot [4], a été reprise par M. Peupin, dont la proposition, déposée le 9 août 1848 sur le bureau de l'Assemblée nationale, renferme plus d'un emprunt intelligent fait au projet ministériel de 1845.

Le Comité du travail a examiné la proposition de notre hono-

[1] Loi du 22 mars 1841.

[2] M. Carnot, dans une lettre adressée à M. le ministre du commerce en 1840, sur la législation qui règle dans quelques États de l'Allemagne les conditions du travail des jeunes ouvriers, indiquait l'utilité de codifier l'apprentissage professionnel, p. 44.

[3] L'*Analyse des procès-verbaux de ces Conseils généraux* (1845-1846) contient l'expression de leurs délibérations sur ce sujet, t. II, p. 266.

[4] *Le contrat d'apprentissage expliqué aux maîtres et aux apprentis*, par M. Mollot, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Digitized by Google

rable collègue avec tout le soin dont elle était digne. Il a compris que c'était une noble tâche pour le législateur de s'occuper avec sollicitude de ces nombreux apprentis, la plupart sortis à peine de l'enfance, et que la pauvreté de leurs familles, comme la nécessité de leur avenir, obligent de s'éloigner de leurs foyers au moment le plus critique de leur vie. Si le Comité du travail a été constitué par l'Assemblée nationale pour étudier les questions qui concernent le sort des travailleurs, y avait-il rien de plus intéressant pour lui que l'avenir de ces jeunes générations, souvent privées des secours de la fortune, des soins matériels et moraux de leurs familles, et jetées comme par la conscription du travail au milieu des fatigues et des corruptions de l'industrie des villes[1] ?

Toutefois, autant le sujet est grave, autant il a paru à votre Comité semé de difficultés nombreuses. Ces obstacles, dont le plus grand, sans doute, est la nécessité d'une conciliation délicate entre le principe de la protection et celui de la liberté, n'ont pas moins contribué que les incidents politiques qui vous ont préoccupés si souvent, à retarder la conclusion de l'examen auquel nous nous sommes livrés. Je viens enfin vous en rendre compte, et vous exposer succinctement les motifs qui ont porté votre Comité du travail à adopter la plupart des dispositions du projet de M. Peupin, à en rejeter quelques-unes, et à apporter aussi quelques développements au projet soumis à son examen.

Définition du contrat. — Nous avons adopté sans difficulté et presque sans modification la définition du contrat d'apprentissage proposée par M. Peupin. Les mots *sous des conditions*, qui y sont inscrits, ont été trouvés, par plusieurs d'entre nous, d'une signification un peu vague. Mais il est évident qu'ils comprennent généralement tout ce qui concerne l'habitation, la nourriture de l'apprenti, la somme d'argent qu'il peut s'être engagé à payer, etc. Nous avons donc cru devoir les maintenir.

[1] On peut consulter sur ce point, avec quelque réserve toutefois, la première partie du *Mémoire sur l'apprentissage*, par M. C. Fichet.

Digitized by Google

Preuve du contrat.—La première question qui présentait l'objet d'une controverse sérieuse dans l'examen du projet de M. Peupin, était celle relative à la disposition.

Le projet ministériel de 1845, à la disposition duquel M. Mollot s'est rangé dans des observations imprimées qui nous ont été adressées, exigeait la rédaction du contrat par écrit, contrairement à ce qui est actuellement admis par l'usage et suivant le droit commun.

Divers motifs ont porté quelques membres du Comité à demander un amendement en ce sens au projet de M. Peupin. On a insisté notamment sur les avantages d'une disposition qui préviendrait les procès pouvant résulter du désaccord des parties relativement aux conditions d'un contrat d'apprentissage verbalement consenti. On motivait encore cette exception au droit commun, en invoquant le désir de protéger spécialement la faiblesse de l'apprenti contre l'influence du maître qu'on suppose pouvoir abuser d'une convention vraiment verbale, comme d'une réduction opérée sans formalités ni garanties.

La majorité du Comité a pensé que cette considération, quoique grave, ne pouvait l'emporter sur l'avantage de faciliter la libre formation d'un contrat aussi populaire que celui de l'apprentissage, et pour lequel, d'ailleurs, la nécessité d'une convention écrite se transformerait souvent, vu l'inexpérience des parties contractantes, en intervention forcée et coûteuse d'un notaire.

On a essayé, il est vrai, de remédier à cette difficulté en proposant d'autoriser la réception du contrat par les maires des localités [1]. Mais la majorité de votre Comité a pensé qu'une mesure qui transférerait aux maires, dans certains cas, des attributions notariales, ne serait point sans inconvénient sérieux sous le rapport de la bonne rédaction des contrats.

Elle a donc pensé qu'il y avait lieu de maintenir le droit

[1] Vote du Conseil général des manufactures. Observations imprimées de M. Mollot.

Digitized by Google

commun, et dans une loi qui doit être à la portée de tous, elle n'a pas craint de le consacrer d'une manière expresse et formelle.

Des conditions du contrat. — Les *incapacités* et *limitations* proposées par M. Peupin, relativement à la formation du contrat d'apprentissage, constituent la partie la plus importante, la plus neuve et la plus délicate du projet de décret. Elles renferment les bases organiques d'une institution industrielle, abandonnée actuellement à son développement naturel et libre.

Ces *incapacités* et *limitations* se rattachent à l'âge des apprentis et des maîtres, au nombre des apprentis, aux conditions de moralité exigées des maîtres.

L'empressement des familles ouvrières à se décharger du soin de leurs enfants les porte souvent à une facilité excessive pour le choix des maîtres auxquels elles confient des apprentis trop jeunes pour retirer un profit sérieux de leur position, et exposés cependant à mille périls qui ne menacent pas moins leur développement physique que leur perfectionnement moral.

Assurer l'enseignement industriel aux apprentis, dans les conditions les plus profitables sous tous les rapports, tel est le but des diverses restrictions proposées dans le projet de M. Peupin, comme dans le travail préparatoire de 1845.

Presque toutes celles qui tiennent à l'âge et à la moralité des maîtres n'ont point été et ne pouvaient être sérieusement contestées.

« L'éducation de l'apprenti, a-t-on dit avec raison, n'est pas « purement matérielle, elle est encore morale avant tout. « L'obligation du maître ne se borne point à exercer l'œil et « les bras de l'apprenti, comme on ferait d'une machine intelli- « gente ; elle consiste essentiellement à former son caractère et « son cœur. Elle crée une sorte de tutelle pour l'enfant [1]. »

La minorité, les condamnations qui entachent profondément la moralité, sont évidemment des motifs d'exclusion relativement à une mission aussi élevée et d'une portée morale aussi évi-

[1] Mollot, p. 12, *le Contrat d'apprentissage.*

Digitized by Google

dente. La condamnation pour banqueroute *simple*, comprise implicitement dans l'énumération de M. Peupin, nous a paru toutefois devoir en être retranchée, car elle n'est souvent que la conséquence de la négligence ou de l'ignorance.

La limitation du nombre des apprentis d'un même maître est aussi une condition nécessaire d'un avancement sérieux et profitable, et le Comité a pensé qu'elle devait être légalement consacrée.

Le profit de tout enseignement est ordinairement en raison inverse du nombre de ceux qui doivent en profiter. Les apprentis, quand leur nombre excède certaines limites, sont d'ailleurs trop souvent exploités par les maîtres, auxquels ils fournissent un travail sans salaire.

Toutefois, cette restriction a soulevé parmi nous des controverses sérieuses et d'une solution éminemment délicate. On est convaincu de cette difficulté extrême de la question, en voyant quelles solutions diverses elle a reçues ou reçoit encore dans les diverses parties de l'Europe [1]. Ici la limitation du nombre des apprentis est consacrée par la loi, là elle est abandonnée au pouvoir discrétionnaire de l'administration, ailleurs, enfin, règne d'une manière absolue le principe de la liberté. C'est à ce dernier parti qu'a cru devoir se tenir, dans le Comité, une minorité dont votre rapporteur faisait partie.

Elle a objecté, contre la proposition de M. Peupin, que la limitation du nombre des apprentis, mesure très-grave, sur laquelle le projet ministériel de 1845 gardait le silence, avait le double inconvénient d'arrêter les progrès profitables de l'enseignement des maîtres, d'éntraver leur émulation, et d'être aussi

[1] Tomlin, v° *Apprentice*, cite diverses lois anglaises qui ont limité le nombre des apprentis; un statut d'Elisabeth, qui a ordonné aux tisserands, tailleurs, cordonniers, etc., de ne prendre trois apprentis qu'en ayant un ouvrier avec eux, et d'avoir un ouvrier de plus pour chaque apprenti au delà de ce nombre; un statut de Jacques Ier, qui ne permet pas aux chapeliers et feutriers d'excéder le nombre de deux apprentis, etc.

Pour l'Allemagne, voy. la note placée à la suite du rapport.

Digitized by Google

quelquefois gênante pour les apprentis eux-mêmes, en restreignant la liberté de leur choix.

La majorité du Comité, préoccupée avant tout du désir d'assurer l'utilité de l'enseignement industriel, a cru devoir adopter le principe de la restriction proposé par M. Peupin, et que vous aurez définitivement à juger.

Quoique l'enseignement doive être partout fourni directement par le maître, comme les principaux ouvriers peuvent cependant suppléer celui-ci dans une certaine mesure, nous avons, du reste, admis l'accroissement du nombre des apprentis dans la proportion de moitié, par rapport à celui des ouvriers, au lieu de la proportion du tiers, proposée par M. Peupin.

Vous approuverez, nous l'espérons, l'exception que nous avons établie à cette limitation de nombre pour l'industrie horticole, dont les procédés sont simples, et qui s'apprend non moins par les leçons de la nature que par les enseignements de l'homme.

La condition proposée par M. Peupin, relativement à l'âge des apprentis, a trouvé dans le Comité du travail des opinions très-divergentes. La minorité a pensé que le discernement de l'âge convenable pour le début de l'apprentissage devait être laissé jusqu'à un certain point à l'appréciation des familles. Sans doute, on l'a reconnu, elles peuvent user de ce droit sans une intelligence et une précaution suffisantes ; mais le plus souvent, la mise en apprentissage précoce provient du besoin des parents et de leur empressement à s'exonérer des frais de nourriture et d'éducation de leurs enfants. Dans ces termes, l'apprentissage précoce est presque une location nécessaire des services de l'enfant. Or, le législateur ne doit-il pas respecter des exigences qu'il est hors de son pouvoir de soulager? Le contrat que l'on veut interdire ne pourra-t-il d'ailleurs revêtir des déguisements qui laisseront subsister ses inconvénients en le dérobant aux prescriptions bienveillantes du législateur? Enfin, ne faut-il pas tenir compte, tout à la fois, de certaines natures d'industrie dans lesquelles l'enfant peut s'instruire et se former plus hâtivement que dans d'autres, et des différences de climats

Digitized by Google

qui, dans l'étendue de la France, attribuent aux enfants de dix ans dans le Midi, par exemple, autant de développement qu'aux enfants de douze ans dans le Nord ? On a donc soutenu qu'en cette matière la règle devait être assez large pour embrasser la presque universalité des convenances spéciales avec lesquelles elle doit concourir, et on a reproché sous ce rapport trop de rigidité au projet de M. Peupin.

La majorité de votre Comité n'a pas cru devoir céder à ces objections. Elle a jugé indispensable de mettre fin à un abus qui jette de la famille dans l'atelier des apprentis trop jeunes pour profiter de l'enseignement auquel ils sont appelés. Elle a remarqué d'ailleurs une différence profonde entre le louage d'ouvrage, qui a lieu ordinairement pour un temps périodique assez court, et l'apprentissage, qui comporte essentiellement l'engagement à long terme [1], et qui entraîne ordinairement avec lui le déplacement d'habitation de l'enfant. Elle a pensé qu'il serait impossible de confondre l'un avec l'autre, et qu'il fallait, dans l'intérêt de la famille et de l'apprenti, interdire le second de ces contrats jusqu'au moment où l'enfant était réellement en état d'en profiter.

La majorité de votre Comité a même rejeté deux amendements présentés par une minorité dont nous faisions partie, et qui tendaient à fixer soit à 10 ans (conformément au projet ministériel de 1845), soit à 11 ans, conformément à d'autres autorités [2], le minimum d'âge pour les apprentis. Elle a été ainsi conduite à adopter, suivant le projet de M. Peupin, le minimum de 12 ans.

Non-seulement cet âge lui a paru nécessaire pour le développement intellectuel et physique de l'apprenti : elle a pensé en outre qu'il correspondait avantageusement à l'achèvement habi-

[1] La durée moyenne des apprentissages est de quatre ans en France et de sept ans en Angleterre.

[2] Mollot, p. 95. Vote du Conseil des manufactures, 1845-1846.

D'après un statut anglais de 1816, les enfants pauvres des paroisses peuvent être mis en apprentissage après neuf ans accomplis.

Digitized by Google

tuel de son éducation primaire et religieuse, et qu'il lui permettait de choisir avec discernement une profession à l'égard de laquelle il n'aurait pu avant cet âge fixer avec quelque discernement sa vocation.

M. Mollot, qui a adopté, dans les observations qui nous ont été distribuées, le minimum de douze ans, a du reste fort bien expliqué comment une pareille clause relative à l'apprentissage pourrait se concilier avec la loi qui permet le travail dans les manufactures aux enfants âgés seulement de huit ans. Ici, en effet, l'intervention de l'enfant est le plus souvent tout à fait mécanique, et de plus la brièveté de l'engagement ne permet pas de craindre au même degré que dans l'apprentissage l'épuisement successif des forces de l'enfant.

Vous aurez à examiner si la règle d'un minimun quelconque ne devrait pas subir d'exception dans certains cas, et notamment en faveur des enfants orphelins.

Nous avons cru devoir ajouter au projet de M. Peupin une disposition facilitant la production de l'acte de naissance nécessaire pour justifier auprès du maître l'accomplissement du minimum d'âge proposé.

Devoir des maîtres et des apprentis.—La section du même projet relative aux devoirs des maîtres et des apprentis n'a donné lieu qu'à un petit nombre de difficultés dans votre Comité.

Ce que nous avons déjà dit du caractère tutélaire de l'apprentissage explique suffisamment la prohibition de tous mauvais traitements de la part du maître à l'égard de ses apprentis. Nous avons laissé aux lois de l'Allemagne l'extension du droit de *correction paternelle* qu'elles consacrent naïvement au profit des maîtres.

La nécessité d'un enseignement sérieux, but unique du contrat, ne permet pas non plus au maître de détourner les travaux de l'apprenti vers ces ouvrages pénibles qui le fatiguent ou l'abrutissent sans profit. C'est une déviation du contrat trop commune pour n'être pas prohibée [1]. Nous avons cru, toutefois,

[1] En Allemagne, divers règlements précisent les genres d'occupations

Digitized by Google

devoir établir cette interdiction dans des termes plus généraux et plus législatifs que ceux renfermés dans l'énumération de M. Peupin.

Une question assez délicate s'élevait au sujet de l'obligation de travail imposée à l'apprenti. M. Peupin indiquait dans sa proposition un maximun de dix heures de travail par jour pour les apprentis âgés de moins de 16 ans. Le Comité n'a pas pensé qu'il existât des inconvénients sérieux dans l'état des choses actuel, suivant lequel l'apprenti est le compagnon à peu près constant du travail du maître. Il n'a pas cru devoir apporter sous ce rapport de perturbation dans les habitudes des ateliers, et il a regardé la prévoyance des parents et l'obligation par le maître de traiter les apprentis en bon père de famille, comme une garantie suffisante contre l'abus qui pourrait être fait exceptionnellement des forces de l'enfant. Il a enfin remarqué que le Conseil général des manufactures avait, en 1845-1846, adopté sans contestation la durée de douze heures de travail pour tous les apprentis mineurs, et il vous propose de consacrer cette fixation, qui concorde parfaitement avec la disposition de l'art. 2 de la loi du 22 mars 1841, pour le travail des enfants de douze à seize ans dans les manufactures.

Nous avons voulu prohiber, du reste, comme M. Peupin, tout travail des apprentis mineurs durant la nuit, et consacrer à leur égard le repos des jours fériés.

M. Peupin annonçait, dans son article 9, l'obligation formelle pour le maître de laisser fréquenter les écoles primaires et les cours d'études industrielles par l'apprenti. Entendait-il par cette clause constituer au profit de l'apprenti un droit formel et illimité qui dérogeât à sa dette quotidienne de travail? Voulait-il, au contraire, n'accorder qu'une faculté surbordonnée à l'accomplissement complet de cette dernière obligation? Le texte de sa

auxquelles il est interdit d'employer les apprentis; cette interdiction est sanctionnée par la menace pour les maîtres de se voir enlever leurs apprentis avec défense de les remplacer (Carnot, *Lettre citée*, p. 32). Voyez aussi la note à la suite du rapport.

Digitized by Google

proposition ne laissait guère place qu'à la première interprétation.

Le Comité a rendu hommage aux motifs qui ont inspiré la proposition de l'honorable M. Peupin ; mais il a pensé qu'il y avait lieu de distinguer et régler séparément deux hypothèses différentes.

Si l'apprenti mineur n'a point encore acquis l'instruction primaire et religieuse que l'âge de douze ans permet d'espérer habituellement en lui, il appartient à une législation libérale et protectrice de réparer à son profit, par le contrat d'apprentissage lui-même, la négligence de sa famille ou l'impossibilité des conditions qui ont pesé sur son enfance. Le devoir tutélaire du maître, en ce cas, doit toutefois être renfermé dans des limites étroites, et nous l'avons circonscrit dans les deux premières années de l'apprentissage.

Si, au contraire, l'apprenti possède l'instruction primaire et religieuse, l'assiduité de sa part aux cours industriels n'est plus qu'un complément utile de l'enseignement pratique qu'il reçoit, et ne peut servir de motif pour déroger à la dette de travail qui fait le fond de son obligation, et dont l'acquittement exact est jusqu'à un certain point aussi conforme à son intérêt personnel qu'à celui de son maître.

Le Comité n'a donc cru, dans cette seconde hypothèse, pouvoir faire autre chose, en se plaçant dans les formules générales du législateur, que prescrire au maître de laisser fréquenter par l'apprenti, après la clôture de l'atelier, les cours d'études industrielles qui, on le sait assez, ont presque toujours lieu le soir.

Ce sera aux conventions privées qu'il appartiendra, là où des intérêts spéciaux rendraient cette disposition insuffisante, de modifier et d'approprier, suivant les exigences locales et individuelles, le principe général que nous nous sommes bornés à poser dans les termes les moins contestables [1].

[1] Divers règlements allemands enjoignent aux corporations de n'admettre d'apprentis que sur un certificat constatant qu'ils ont accompli leur temps

Digitized by Google

L'article 13 du projet de M. Peupin réglait l'action en dommages-intérêts, pour le cas d'instruction incomplète donnée à l'apprenti, dans des termes qui nous ont paru susceptibles de difficultés nombreuses. Le contrat d'apprentissage est essentiellement un contrat de bonne foi, et il serait injuste d'assujettir à des dommages-intérêts un maître qui n'aurait pas enseigné ce qu'il se trouverait ignorer, à moins toutefois que l'apprenti n'eût été trompé sur ce point. La faute, la mauvaise volonté ou la négligence du maître nous ont paru devoir être seules atteintes en pareil cas. Plusieurs membres de la Commission étaient même d'avis avec nous de ne pas inscrire (en s'en rapportant sur ce point au droit commun) les mots de *dommages-intérêts* dans l'article 13. La majorité en a pensé autrement, et a cru qu'il était bon d'avertir d'avance le maître du caractère sérieux de ses devoirs, sans le rendre toutefois responsable de ce qui ne pourrait lui être justement imputé.

Nous ne dirons rien des devoirs de respect et d'obéissance imposés à l'apprenti. Ils dérivent naturellement du caractère tutélaire de l'apprentissage, et ne peuvent donner lieu à aucune objection.

De la résolution du contrat. — La résolution nécessaire du contrat par la mort ou l'appel au service militaire [1] de l'une des parties, la résolution facultative pour le cas où le maître vient à être frappé de l'une des condamnations mentionnées en l'article 5, ou lorsque l'apprenti, par incapacité physique ou intellectuelle, est hors d'état de profiter des leçons du maître, l'espèce d'action en rescision déjà autorisée par la loi du 22 germinal an XI et reproduite dans l'article 20 du projet de M. Peupin, ont été admises sans difficulté par le Comité. Si nous avons mentionné spécialement le cas d'incapacité de la part de l'apprenti, sans indiquer le cas inverse d'incapacité du maître, qui découle

d'école, de ne donner à aucun l'*exeat* s'il n'a suivi l'école de répétition du dimanche, reçu le complément de l'instruction primaire et l'instruction religieuse. (Voy. Carnot, *Lettre citée*, et note à la fin du rapport.)

[1] Voy. loi du 1er complémentaire an VII.

Digitized by Google

suffisamment des principes généraux en matière d'obligations, c'est parce que, autorisant l'action en dommages-intérêts de l'apprenti à l'égard du maître, il nous a paru important de bien faire ressortir la disposition qui en est le correctif, c'est-à-dire le droit par le maître de repousser l'apprenti qui manifeste une incapacité radicale de profiter de ses leçons.

C'est sans aucune hésitation que nous avons consacré le principe renfermé dans l'art. 21 du projet de notre honorable collègue. Sur ce dernier point cependant, quelques membres du Comité trouvaient la garantie morale insuffisante. Ils ont fait remarquer que des apprenties mineures pouvaient être confiées à un maître célibataire ou veuf, en considération d'une sœur ou d'une mère, qui habite avec lui et dirige son ménage, en vue même d'une maîtresse-ouvrière qui conduit l'atelier au moment de la formation du contrat [1]. Ils auraient donc voulu que la résolution pût être prononcée dans les cas de décès ou d'éloignement de toute femme placée dans cette situation, et sur la tutelle de laquelle la famille de l'apprentie aurait pu compter pour elle.

La majorité de votre Comité a pensé qu'il était impossible, sans ouvrir une carrière trop facile à la résolution arbitraire du contrat d'apprentissage, de formuler un cas de résolution aussi large et en quelque sorte aussi élastique. Elle a donc pensé qu'il fallait, dans des cas analogues, laisser aux parties le soin de parer aux besoins de situations exceptionnelles par des clauses expresses.

Il est inutile de dire que toute démarche immorale de la part d'un maître à l'égard de ses apprentis constitue la violation du contrat au plus haut degré, et donne lieu à une action en résolution dont nous n'avions pas besoin de mentionner expressément l'existence.

L'art. 19 de la proposition de M. Peupin autorisait la résolu-

[1] Par exemple, dans les ateliers de fleuristes, coloristes, vernisseuses, qui sont ordinairement dirigés par des femmes. Mollot, p. 52.

Digitized by Google

tion du contrat pour le cas de condamnation du maître pour l'un des délits prévus par les art. 425 et 428 du Code pénal, par les lois relatives aux brevets d'invention, aux modèles et dessins de fabrique ou de commerce.

Cette disposition nous a paru empreinte d'une sévérité excessive. M. Peupin lui-même n'a pas jugé des condamnations de cette nature assez graves pour empêcher la formation du contrat d'apprentissage. Devaient-elles avoir pour résultat de le rompre lorsqu'il était déjà en cours d'exécution?

Quelque répréhensibles que soient les violations de la propriété industrielle, ces délits, punis par la loi d'une peine simplement pécuniaire, ne nous ont point paru assez graves pour y attacher la conséquence rigoureuse admise par M. Peupin.

Au contraire, le cas où le maître transporte sa résidence dans une autre commune que celle qu'il habitait lors de la convention a été considéré par nous comme devant être ajouté aux cas de résolution énumérés par M. Peupin. Notre honorable collègue a adhéré à cette addition, puisée par nous dans la jurisprudence du Conseil des prud'hommes de Lyon, ainsi que dans certaines législations étrangères [1].

Cette même jurisprudence autorise l'apprenti à quitter momentanément l'atelier du maître s'il y règne une maladie contagieuse, et ce temps d'absence est même compté à l'apprenti.

Le règlement d'un cas aussi exceptionnel, qui rentre d'ailleurs jusqu'à un certain point dans l'exception de force majeure, ne nous a point paru devoir entrer dans le texte de notre projet de loi. Vous approuverez sans doute les motifs de cette réserve.

Nous ne rappellerons l'indemnité réservée pour tous les cas de résolution de contrat, qu'afin de signaler qu'elle peut être due, lors même que la résolution du contrat est le résultat d'une force majeure [2], tandis que, dans les autres cas, il peut y avoir

[1] Voy. note *in fine*.

[2] Voy. art. 5 de la loi du 1er compl. an VII

Digitized by Google

lieu à des dommages-intérêts plus étendus. Art. 1147 et 1148 Cod. civ.

Du livret d'apprenti. — Le Comité du travail vous propose d'ajouter au projet de M. Peupin une section relative au livret d'apprenti.

Déjà, le projet soumis par le ministère de l'agriculture et du commerce aux Conseils généraux en 1845, le vœu de la Commission de la Chambre des députés chargée d'examiner le projet de loi relatif aux livrets d'ouvriers [1], et la résolution de la Chambre des pairs sur le même sujet, ont appelé l'attention du législateur sur une pareille mesure, qui n'a peut-être pas le même genre d'utilité pour l'apprenti que pour l'ouvrier auquel elle conserve le titre précieux de ses antécédents, mais qui a en retour, dans l'apprentissage, l'avantage de remédier, jusqu'à un certain point, aux inconvénients accidentels de la faculté de contracter d'une manière purement verbale, de prévenir toutes difficultés à l'expiration du contrat, et d'empêcher l'acquisition subreptice d'un livret d'ouvrier avant la fin de l'apprentissage [2].

Nous avons, du reste, admis à cet égard l'idée du livret double, proposée par M. Mollot dans les observations imprimées qu'il nous a adressées. Telle nous a paru la forme la plus naturelle et la plus sûre d'un livret, qui doit renfermer le tableau d'une position réciproque et synallagmatique pour ainsi dire.

L'objection faite au livret double pour ce qui concerne l'ouvrier et qui consiste à faire remarquer les fraudes que l'ouvrier pourrait commettre avec le livret qui serait en ses mains, ne peut trouver place à l'égard de l'apprenti auquel la présentation de son livret nuirait, sans pouvoir lui servir en aucune manière.

M. Mollot propose de remettre l'un des doubles à l'apprenti. La crainte de voir ces livrets adirés par des apprentis trop jeunes pour en sentir le prix, nous a dicté les dispositions de l'article du projet relativement aux apprentis âgés de moins de seize ans.

[1] Voy. rapport de M. Salveton du 6 juillet 1847.

[2] Mollot, p. 98.

Digitized by Google

Nous nous sommes efforcés de régler dans des termes plus nets que ceux du projet de M. Peupin les devoirs de précaution du maître dont l'apprenti ou l'ouvrier peuvent n'avoir pas rempli toutes les conditions d'un contrat d'apprentissage antérieur. Au cas où des avances n'auraient point été remboursées par l'apprenti au moment de son temps achevé, l'art. 9 de l'arrêté du 9 frimaire an XII nous semblerait applicable par voie d'analogie.

De la compétence. — Dans le titre de la compétence, nous avons tranché, conformément à la proposition de M. Peupin, la question soulevée à l'égard des tiers qui ont cautionné l'apprenti [1].

La nomination des curateurs spéciaux proposée par lui (art. 23), d'après plusieurs projets antérieurs, et notamment d'après un amendement formulé par la Commission de la Chambre des pairs au projet de loi sur les livrets d'ouvriers [2], ne nous a point paru motivée par des nécessités suffisantes pour nous décider à vous proposer l'établissement d'un patronage aussi indépendant de l'autorité naturelle et légale à laquelle l'enfant se trouve soumis.

Nous avons modifié légèrement les dispositions spéciales proposées par M. Peupin. Les amendements proposés à cet égard ne nous paraissent avoir besoin d'aucun commentaire.

L'art. 4 du décret du 23 avril 1810, relatif à la juridiction disciplinaire des prud'hommes, a toujours été jugé utile, et nous devions, dès lors, vous proposer de le confirmer.

Le Comité du travail n'a point cru devoir adopter la création d'un corps d'inspecteurs spéciaux chargés de constater les contraventions à la loi, suivant la proposition de M. Peupin. Au milieu du besoin d'économies sévères, qui découle de notre situation financière, il a cédé jusqu'à un certain point à la crainte

[1] Mollot, p. 72.
[2] Mollot, p. 26.

Digitized by Google

de vous proposer un accroissement du nombre des fonctionnaires publics.

Il espère que le règlement d'administration publique à intervenir pourra organiser, par la tutelle des Conseils municipaux et des prud'hommes, les moyens de surveillance indispensables pour la bonne exécution de la loi dont il vous soumet le projet, et qui devront peut-être prendre leur point de départ au moment même de la formation du contrat.

L'abrogation des articles 9, 10 et 11 de la loi du 22 germinal an XI serait une conséquence nécessaire de l'adoption d'un projet analogue à celui que nous présentons à l'Assemblée nationale, et nous l'avons, par conséquent, inscrite dans le dernier article du projet.

Nous ne pensons pas que l'on pût regretter en aucun cas la rigueur toute romaine de la peine du triple, édictée dans l'art. 10 de cette loi. Sans doute, l'abus que cet article prévoit, de la part du maître, a quelque chose d'odieux. Le droit commun nous a toutefois paru suffire à toute la sévérité du juge, en autorisant des dommages-intérêts, dans les limites de la justice, pour le cas d'une pareille violation du contrat.

Il ne nous reste plus, citoyens représentants, qu'à transcrire les termes du projet préparé par le Comité du travail. Soit qu'il puisse être discuté par vous, ou que la matière de l'apprentissage puisse être examinée seulement par vos successeurs, le Comité du travail ne regrettera point le temps qu'il a consacré à l'étude d'un projet destiné à fournir l'un des principaux éléments du Code industriel qui manque à notre pays, et à améliorer la condition d'une des classes de notre société les plus dignes de l'intérêt et de la sollicitude du législateur.

Digitized by Google

PROJET DE LOI.

Proposition de M. Peupin.

TITRE PREMIER.

SECTION PREMIÈRE.

ART. 1er. Le contrat d'apprentissage est celui par lequel un fabricant, marchand, ouvrier, chef d'atelier ou artisan, s'engage à enseigner la pratique de son état ou de sa profession à une autre personne qui s'oblige à travailler pour lui; le tout sous des conditions et pendant un temps convenus.

Il se forme par conventions verbales ou écrites.

ART. 2. Le contrat formé par écrit, soit devant notaire, soit sous signatures privées, n'est soumis pour l'enregistrement qu'à un droit fixe de 1 fr., lors même qu'il contiendrait des obligations de sommes ou valeurs mobilières, ou des quittances.

SECTION II.

Des incapacités et limitations.

ART. 3. Nul ne peut recevoir des apprentis mineurs, s'il a été frappé de peines afflictives ou infamantes, condamné pour vol, escroquerie, banqueroute, abus de confiance ou attentat aux mœurs, ou pour l'un des délits punis par l'art. 423 du Code pénal, ou privé par jugement de la totalité ou partie des droits de famille mentionnés aux paragraphes 5 et 6 de l'art. 42 du même Code.

ART. 4. Aucun enfant ne peut être mis en apprentissage s'il n'est âgé de douze ans au moins.

*

Amendements du Comité.

TITRE PREMIER.

Du contrat d'apprentissage.

SECTION PREMIÈRE.

De la nature et de la forme du contrat.

ART. 1er. Le contrat d'apprentissage est celui par lequel un fabricant, marchand, ouvrier, chef d'atelier ou artisan, s'engage à enseigner la pratique de sa profession à une autre personne qui s'oblige à travailler pour lui; le tout sous des conditions et pendant un temps convenus.

Il se forme verbalement ou par écrit.

ART. 2. Ce contrat n'est soumis pour l'enregistrement qu'à un droit fixe de 1 fr., lors même qu'il contiendrait des obligations de sommes ou valeurs mobilières ou des quittances relatives à l'objet du contrat.

SECTION II.

Des conditions du contrat.

ART. 3. Aucun enfant ne pourra être mis en apprentissage s'il n'est âgé de douze ans au moins.

Digitized by Google

Proposition de M. Peupin.	*Amendements du Comité.*
—	—
	L'âge des apprentis pourra être constaté au moyen d'un certificat délivré, sur papier non timbré et sans frais, par l'officier de l'état civil.
ART. 5. Nul ne peut prendre des apprentis s'il n'est âgé de vingt-un ans au moins.	ART. 4. Nul ne peut recevoir des apprentis mineurs s'il n'est âgé de vingt-un ans au moins.
	ART. 5. Sont incapables de recevoir des apprentis :
	Les individus qui ont été condamnés à des peines afflictives ou infamantes ;
	Ceux qui l'ont été à des peines quelconques pour vol, escroquerie, banqueroute frauduleuse, abus de confiance, attentat aux mœurs, ou pour l'un des délits punis par l'article 423 du Code pénal ;
	Ceux enfin qui sont privés, par jugement, de la totalité ou de partie des droits de famille mentionnés aux paragraphes 5 et 6 de l'art. 42 du Code pénal.
	ART. 6. Les incapacités résultant des deux articles qui précèdent pourront être levées par le maire avec l'autorisation du préfet, et, à Paris, avec celle du préfet de police.
Aucun maître ne peut s'attacher plus de deux apprentis à la fois s'il travaille seul.	ART. 7. Aucun maître ne peut s'attacher plus de deux apprentis à la fois s'il travaille seul.
Pour être en droit de donner l'enseignement industriel à plus de deux apprentis simultanément, il faut occuper chez soi un nombre d'ouvriers tel, qu'il soit au moins dans le rapport de trois à un avec le nombre des apprentis.	Si le maître occupe plusieurs ouvriers, il pourra en outre donner l'enseignement industriel à un apprenti de plus pour deux ouvriers.
	L'industrie horticole est exceptée des prohibitions *du présent article*.
ART. 6. La durée du travail quotidien ne pourra excéder dix heures pour les apprentis âgés de moins de seize ans ; pour ceux d'un âge supérieur, la durée du travail quotidien sera égale au nombre d'heures composant la journée des ouvriers de la profession ; toutefois, ce tra-	

Digitized by Google

Proposition de M. Peupin.

vail quotidien ne pourra excéder douze heures.

Les dimanc hes et jours de fête légales, l'apprenti sera dispensé de tout travail.

ART. 7. Tout travail de nuit est interdit aux apprentis.

Sera considéré comme travail de nuit, tout travail fait entre neuf heures du soir et six heures du matin.

SECTION III.

Devoirs des maîtres et apprentis.

ART. 8. Le maître doit traiter l'apprenti en bon père de famille. Il ne peut, sous aucun prétexte, lui infliger de châtiments corporels, ni privations de nourriture.

L'apprenti doit être respectueux envers son maître, et lui obéir avec zèle en tout ce qui concerne son état.

ART. 9. Le maître est tenu de surveiller la conduite du mineur apprenti, de lui laisser fréquenter les écoles primaires et les cours d'études industrielles, et d'avertir les parents de ce dernier, dans le cas de maladie, d'absence ou de tout aut e événement qui serait de nature à réclamer leur intervention.

Amendements du Comité.

SECTION III.

Devoirs des maîtres et apprentis.

ART. 8. Le maître doit traiter son apprenti en bon père de famille. Il ne peut, sous aucun prétexte, lui infliger des châtiments corporels ou des privations de nourriture, ni l'employer à d'autres travaux qu'à ceux qui sont indispensables pour la connaissance pratique de sa profession.

ART. 9. La durée du travail quotidien des apprentis mineurs ne pourra excéder douze heures.

Les dimanches et jours de fête légale, l'apprenti sera dispensé de tout travail.

ART. 10. Aucun travail de nuit ne pourra être imposé aux apprentis mineurs. Sera considéré comme travail de nuit tout travail fait entre neuf heures du soir et cinq heures du matin.

ART. 11. Le maître es tenu de surveiller la conduite de l'apprenti mineur, de lui laisser la faculté de fréquenter, après sa journée de travail achevée, les cours d'études industrielles relatives à sa profession, et d'avertir ses parents dans les cas de maladie, absence, ou de tout autre événement qui serait de nature à motiver leur intervention.

ART. 12. Si l'apprenti mineur ne sait lire, écrire et compter, ou s'il n'a pas encore reçu l'instruction re-

Digitized by Google

Proposition de M. Peupin.

—

Art. 10. Le contrat d'apprentissage étant un contrat d'éducation industrielle, le maître doit enseigner à l'apprenti, progressivement et dans son entier, l'art ou profession qu'il exerce.

Art. 11. L'apprenti ne pourra être employé aux travaux du ménage; il ne fera d'autres courses que celles indispensables pour acquérir la connaissance pratique complète de sa profession; il ne pourra non plus porter des fardeaux, traîner des voitures, ni faire le travail d'atelier réservé aux hommes de peine.

Art. 12. Si, après l'apprentissage fini, l'apprenti est incapable d'être reçu comme ouvrier dans les ateliers de sa profession, les père, mère, tuteur ou leurs représentants pourront intenter au maître, devant les Conseils de prud'hommes, une action en dommages et intérêts.

Art. 13. Des dommages et intérêts seront accordés toutes les fois que l'apprenti, ayant apporté l'intelligence et la soumission nécessaires, n'aura reçu que des notions incomplètes du métier ou de l'art qu'il apprenait, soit par ignorance, soit par mauvaise volonté de la part du maître, soit par une trop grande division du travail.

Art. 14. L'apprenti doit tout son travail au maître pendant le temps convenu. Il est tenu de remplacer, après la fin de l'apprentissage, le temps qu'il n'a pu employer, soit par suite d'absence, soit par suite de maladie ayant duré plus de huit jours.

Art. 15. Tout maître qui occupe

Amendements du Comité.

—

ligieuse, le maître est tenu de lui laisser prendre au besoin, pendant les deux premières années, sur la journée du travail, le temps nécessaire pour compléter son éducation à cet égard.

Art. 13. Le maître doit, à peine de tous dommages-intérêts, enseigner à l'apprenti, progressivement et complétement, l'art ou la profession qui fait l'objet du contrat.

Art. 14. L'apprenti doit être respectueux envers son maître, lui obéir en tout ce qui concerne son état, et travailler pour lui pendant tout le temps convenu.

Il est tenu de remplacer, après la fin de l'apprentissage, le temps qu'il n'a pu employer par suite d'absence ou de maladie, si ce temps excède en totalité celui de huit jours.

Art. 15. La durée du temps d'essai au commencement de l'apprentissage, l'obligation par le maître de loger et nourrir l'apprenti, l'obligation par l'apprenti de ranger l'atelier les jours de dimanche et de fête, seront déterminées d'après les usages locaux, à défaut de stipulations expresses.

Digitized by Google

Proposition de M. Peupin.

un apprenti avant que ce dernier ait rempli les conditions d'un contrat d'apprentissage antérieur, devient solidaire de l'indemnité dont l'apprenti est passible envers le maître lésé.

SECTION IV.

De la résolution du contrat.

ART. 16. Il y a lieu à la résiliation du contrat d'apprentissage dans le cas d'appel de l'apprenti ou du maître au service militaire. Dans ce cas, de même que dans le cas de mort de l'une des deux parties, l'indemnité qui peut être due au maître ou à ses ayants cause, ou la remise soit totale, soit partielle, qu'il peut y avoir lieu de faire des sommes qu'il aurait reçues, seront réglées de manière que l'une des deux ne bénéficie pas aux dépens de l'autre.

Il y a lieu également à la résolution de plein droit, si le maître vient à être frappé de l'une des condamnations mentionnées en l'article 3, sans préjudice, le cas échéant, de tous dommages et intérêts envers l'apprenti.

ART. 17. Le contrat sera résilié, si le maître n'enseigne pas à l'apprenti l'art ou la profession qu'il exerce, suivant les conditions déterminées par l'art. 10.

ART. 18. Sur la demande du maître, le contrat sera résilié lorsque l'apprenti, par indocilité ou incapacité, soit physique, soit intellectuelle, sera hors d'état de profiter de ses leçons.

ART. 19. La résiliation peut en outre être demandée par l'apprenti, si le maître est condamné pour un des délits prévus par les art. 425 à

Amendements du Comité.

SECTION IV.

De la résolution du contrat.

ART. 16. Le contrat d'apprentissage est résolu de plein droit :

1° Dans le cas de mort du maître ou de l'apprenti ;

2° Si l'apprenti ou le maître est appelé au service militaire.

ART. 17. Il y a lieu à la résolution du contrat d'apprentissage, indépendamment des cas d'inexécution des engagements énoncés dans la précédente section,

1° Si le maître vient à être frappé de l'une des condamnations mentionnées en l'art. 5 ;

2° Si le maître transporte sa résidence dans une autre commune que celle qu'il habitait lors de la convention ;

3° Pour les filles mineures, dans le cas de décès de l'épouse du maître ;

4° Si l'apprenti, par incapacité physique ou intellectuelle, est hors d'état de profiter des leçons du maître.

Digitized by Google

Proposition de M. Peupin.

—

428 du Code pénal, par les lois relatives aux brevets d'invention, aux modèles, dessins et modèles de fabriques ou de commerce.

Dans les cas prévus par le présent article, il sera en outre adjugé des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

Art. 20. Si l'apprenti s'est engagé à donner un temps de travail dont la valeur excède le prix ordinaire des apprentissages, ce temps de travail peut être réduit ou le contrat résolu. Dans ce dernier cas, les indemnités ou restitutions sont réglées, s'il y a lieu, ainsi qu'il est dit art. 16.

Art. 21. Si l'apprenti est une fille mineure, le contrat sera résilié de plein droit par la mort de l'épouse du maître.

Amendements du Comité.

—

Art. 18. Si l'apprenti s'est engagé à donner un temps de travail dont la durée soit excessive comparativement au prix ordinaire des apprentissages, ce temps de travail peut être réduit ou le contrat résolu.

Art. 19. Dans les divers cas de résolution prévus par les articles précédents, l'indemnité ou la restitution qui peuvent être dues à l'une ou l'autre des parties seront réglées de manière à ce qu'aucune d'elles ne bénéficie aux dépens de l'autre.

SECTION V.

Du livret d'apprenti.

Art. 20. L'apprenti, quelle que soit sa profession, devra se pourvoir à la mairie d'un livret en double sur lequel seront inscrits, par les soins du maître, à la suite du texte imprimé de la présente loi.

1° Les nom, prénoms et domicile de l'apprenti ;

2° Les noms, prénoms, professions de ses père et mère, tuteur ou administrateur légal ;

3° Les nom, prénoms, profession et domicile du maître ;

4° La date et la durée du contrat d'apprentissage ;

5° Les sommes payées par l'apprenti au maître ou par le maître à l'apprenti ;

6° Le temps à remplacer par l'ap-

Digitized by Google

Proposition de M. Peupin.

—

Amendements du Comité.

—

prenti, dans les cas d'absence ou de maladie ;

7° L'acquit du temps et des conditions de l'apprentissage, ou la quotité de la somme que l'apprenti restera devoir au maître.

Art. 21. L'un des doubles sera déposé entre les mains du maître; l'autre sera remis à l'apprenti s'il est âgé de plus de seize ans, et, dans le cas contraire, à ses parents ou administrateurs légaux, domiciliés dans le canton, et, à leur défaut, au maire de la commune.

Art. 22. Les livrets seront en papier non timbré, cotés et paraphés gratuitement par le maire, et délivrés sans autres frais que le remboursement de leur prix de confection, qui ne pourra excéder vingt-cinq centimes.

Art. 23. Nul ne pourra recevoir un apprenti sans se faire représenter son livret, ou un certi cat du maire de sa commune, constatant qu'il n'a pas été en apprentissage.

Tout maître qui occupe un apprenti ou ouvrier dont le livret ne justifie pas l'accomplissement des conditions d'un apprentissage antérieur, devient passible de dommages-intérêts envers le maître lésé.

TITRE II.

Des contestations.

Art. 22. Les contestations qui pourraient s'élever entre les maîtres et les apprentis ou les parants de ceux-ci, relativement à l'exécution du contrat d'apprentissage, seront jugées par les Conseils de prud'hommes, et, en l'absence d'un Conseil de prud'hommes, par le juge de paix.

Art. 23. Si l'apprenti est mineur ou émancipé, et s'il se trouve éloigné de ses père, mère, tuteur, ou le Conseil de prud'hommes ou le juge

TITRE II.

De la compétence.

Art. 24. Les contestations qui pourraient s'élever, relativement au contrat d'apprentissage, entre les maîtres et les apprentis ou les garants de ceux-ci, seront jugées par les Conseils de prud'hommes de la circonscription où est placé l'établissement du maître, et, s'il n'existe point de Conseil de prud'hommes, par le juge de paix du canton.

Art. 25. Toute contravention à l'art. 25 de la présente loi, de la

Digitized by Google

Proposition de M. Peupin.

—

de paix pourra désigner un citoyen domicilié qui remplacera l'administrateur légal.

TITRE III.

Des pénalités.

Art. 24. Toute personne qui contreviendra à l'art. 3 de la présente loi sera poursuivie devant le tribunal de police correctionnelle, et punie d'une amende de 100 fr., à laquelle le tribunal pourra joindre un emprisonnement de huit à quinze jours. En cas de récidive, l'amende pourra être élevée jusqu'à 1,000 fr., et l'emprisonnement jusqu'à deux mois.

Art. 25. Les contraventions aux art. 4 et suivants, indépendamment de l'action en résiliation à laquelle elles donneront ouverture, seront poursuivies devant le tribunal de simple police.

Les délinquants, indépendamment d'une amende de 5 à 15 fr., pourront être punis de l'emprisonnement pendant un à cinq jours.

TITRE IV.

De la surveillance.

Art. 26. Des inspecteurs spéciaux seront chargés de constater les contraventions aux dispositions de la présente loi, et de saisir de leurs procès-verbaux les autorités compétentes.

Ils seront en outre chargés d'adresser des rapports mensuels sur le résultat de la surveillance qu'ils exerceront, tant aux Conseils de prud'hommes qu'aux autorités municipales.

Un règlement d'administration publique pourvoira à la création de ces inspecteurs et déterminera leurs attributions définitives.

Amendements du Comité.

—

part d'un maître, sera punie correctionnellement d'un emprisonnement de cinq à quinze jours, et d'une amende de 16 à 200 fr.

En cas de récidive, l'amende pourra être élevée jusqu'à 1,000 fr. et l'emprisonnement jusqu'à deux mois.

Art. 26. Les contraventions aux art. 3 et 4 de la présente loi, de la part des maîtres, seront poursuivies devant le tribunal de police, et punies d'une amende de 10 à 15 fr., à laquelle le tribunal pourra joindre l'emprisonnement d'un à cinq jours.

Art. 27. Il n'est en rien dérogé à l'art. 4 du décret du 3 avril 1810, concernant la juridiction disciplinaire des prud'hommes.

TITRE III.

Dispositions particulières.

Art. 28. Un règlement d'administration publique prescrira les mesures qui seront nécessaires pour l'exécution de la présente loi.

Art. 29. Sont abrogés les art. 9, 10 et 11 de la loi du 22 germinal an XI, et toutes dispositions qui seraient contraires à celles des articles précédents.

Digitized by Google

NOTE

SUR

LA LÉGISLATION DE L'APPRENTISSAGE EN ALLEMAGNE.

Nous croyons, vu ce que la matière a de neuf, devoir joindre au Rapport sur la proposition de M. Peupin relative à l'apprentissage, quelques détails sur l'état de cette partie du droit industriel au delà du Rhin. Nous trouvons à cet égard un document de législation comparée tout rédigé dans diverses parties du rapport fait à l'Assemblée constituante de Francfort, sur un projet de législation industrielle pour l'Allemagne, par M. le député de Reden. Nous n'avons qu'à extraire et traduire.

§ 1er (22e du Rapport).— *Quelles conditions préalables sont exigées pour l'entrée en apprentissage.*

Prusse. — L'apprenti doit établir qu'il sait lire, écrire et compter. Il doit justifier, par un certificat de son instituteur religieux, qu'il possède des notions suffisantes des dogmes de foi et de morale. On ne se relâchera de l'exigence de ces connaissances que sur des motifs plausibles. Le maître est, en ce cas, obligé de veiller à ce que l'apprenti suive les écoles, conformément aux prescriptions de l'autorité locale. Toutes ces dispositions n'ont aucune application aux apprentis des pharmaciens et des marchands.

Autriche. — Avant d'entrer en apprentissage, l'apprenti doit être régulièrement engagé. Lors de l'engagement, les jeunes apprentis doivent présenter leur acte de naissance, et montrer, par des certificats d'école justificatifs, qu'ils ont reçu l'instruction normale. Il est défendu de refuser comme apprentis les enfants naturels.

Bavière.— La réception d'un apprenti dépend (après les six semaines d'essai écoulées), 1° de la présentation d'un acte de naissance ; 2° du certificat de transition de l'école des jours ouvriers à celles des dimanches et jours fériés ; 3° du certificat de vaccine de l'apprenti, ainsi que de la déclaration à faire à l'autorité de police du district et de la délivrance, par cette autorité, du brevet d'apprentissage (Lehrlings verweises).

Wurtemberg.— L'entrée en apprentissage chez un maître apparte-

Digitized by Google

nant à une corporation, qui rattache l'apprenti lui-même à la corporation, a pour condition l'assiduité à l'école pendant le temps légal. A cela près, ni l'âge, ni la naissance, ni l'état des parents, ni la profession religieuse, ni la vocation antérieure de l'apprenti à un autre métier n'y peuvent faire obstacle.

Hanovre.— Celui qui veut être reçu apprenti de corporation doit avoir suivi l'école pendant le temps légal, et savoir lire, écrire, et autant que possible, compter. L'état des parents, la religion ou la naissance illégitime ne peuvent être des obstacles. Les fils de maîtres ne doivent jouir d'aucun privilége, ni pour l'admission à l'apprentissage, ni pour la réception et l'épreuve du compagnonnage et de la maîtrise. Les apprentis doivent passer chez leur maître futur un temps d'essai de quatre semaines (à moins d'un terme plus long convenu), pendant lequel chacune des parties peut se dédire.

Royaume de Saxe. — Les enfants ne peuvent être admis et engagés comme apprentis-ouvriers avant d'être congédiés de l'école. Il n'est permis qu'aux maîtres ramoneurs de prendre des apprentis avant les années d'école terminées, et cependant ils ne peuvent en admettre au-dessous de l'âge de dix ans. Dans toutes les corporations, à l'exception unique de celle des ramoneurs, l'engagement ne peut s'opérer avant que l'apprenti futur ait prouvé, par l'exhibition d'un certificat de confirmation ou de libération d'école délivré par l'ecclésiastique de son endroit, qu'il a atteint le terme de son instruction et obtenu son congé scolaire [1].

Hambourg. — L'admission d'un apprenti ne peut être entravée par la naissance, l'état, la religion, ni par aucune condition d'âge préalable. Celui qui veut se faire inscrire comme apprenti doit présenter aux an-

[1] Les notices de M. de Reden, sur la législation saxonne peuvent trouver un complément intéressant dans l'ouvrage d'Hérold sur les *Droits des travailleurs en Saxe* (deuxième édition, publiée à Leipsick en 1841).

On y voit qu'aux termes de l'ordonnance du 8 janvier 1780, sur le régime des corporations, qui paraît encore en vigueur sur presque tous les points, le minimum d'âge de douze ans devrait être justifié en même temps que l'assiduité à l'école et la connaissance de la lecture et de l'écriture par l'aspirant à l'apprentissage.

Le temps d'essai est de quatre semaines.

Les prohibitions contre les enfants naturels ont été levées par une ordonnance de 1831.

Digitized by Google

ciens de la corporation un certificat d'école attestant qu'il sait lire, écrire et compter, son acte de baptême, ses certificats de confirmation et de vaccine. On ne peut inscrire d'apprentis non confirmés que dans la profession de ramoneur.

§ 2 (23e du rapport).—*Quels sont le prix et la durée de l'apprentissage.*

Prusse. — La durée de l'apprentissage, son prix et ses autres conditions doivent être déterminés et convenus lors de la réception de l'apprenti [1].

Autriche.—La durée de l'apprentissage est fixée par les constitutions relatives à chaque classe d'ouvriers. Aucun apprenti ne peut être gardé au delà du temps déterminé, à l'exception des apprentis pauvres [2] Dans les professions commerciales, les jeunes apprentis dont la capacité a été éprouvée doivent obtenir la remise d'une partie du temps d'apprentissage qu'on pourrait d'ailleurs exiger d'eux. Les fils de maîtres ne doivent, sous aucun rapport, avoir de priviléges par rapport aux autres apprentis. Dans les professions commerciales, le minimum du temps d'apprentissage est le plus souvent de cinq ans.

Bavière. — La durée de l'apprentissage se détermine d'après les ordonnances locales sur l'industrie ; elle ne peut cependant jamais être moindre qu'un an et demi, ni dépasser le terme de trois ans. Le prix d'apprentissage dépend du libre accord des parties contractantes. La réception comme apprenti doit être précédée d'une épreuve de six semaines. Les fils de maîtres doivent, relativement à la durée de l'apprentissage, être tout à fait assimilés aux apprentis.

Wurtemberg. — La durée et le prix de l'apprentissage sont déterminés par le contrat. En l'absence de conventions spéciales, on suit la détermination de l'ordonnance des marchands et commerçants de 1728.

Hanovre. — La durée de l'apprentissage se détermine par les statuts des corporations. Elle ne peut cependant être au-dessous de trois ans ni au-dessus de cinq ans. Si un apprentissage a eu lieu en dehors de la corporation, le temps de l'apprentissage dans la corporation est réduit ou modéré suivant l'appréciation de l'autorité.

[1] Une ordonnance du roi de Prusse, en date du 9 février 1849, établit que, pour être reçu compagnon, il faut, en règle ordinaire, avoir trois années d'apprentissage.

[2] Ces apprentis sont instruits moyennant une année de travail de plus.

Digitized by Google

Le contrat d'apprentissage doit fixer la somme à payer pour prix de l'apprentissage, ou le prolongement à donner au temps de l'apprentissage pour tenir lieu de prix, dans la limite toutefois des bornes prescrites.

Royaume de Saxe. — La durée et le prix de l'apprentissage sont déterminés spécialement pour chaque art, profession ou métier, et ni le maître, ni l'apprenti, ni la corporation ne doivent abréger le temps, moyennant indemnité ni autrement [1].

Le fils d'un maître qui a atteint sa quatorzième année du vivant de son père exerçant jusque-là un art, un métier, une profession, jouit, à raison de cette circonstance, de l'avantage mérité d'une remise d'un an sur la durée de son apprentissage, parce qu'il a eu l'occasion d'apprendre beaucoup dès son enfance dans la maison paternelle.

Hambourg. — Le temps de l'apprentissage est déterminé d'une manière très-diverse dans les rôles spéciaux de chaque profession ; dans la plupart il est de trois, quatre ou cinq ans; dans les corporations des boulangers et pâtissiers il est de deux ans, dans celles des orfévres et ramoneurs, de six ans. Ce n'est que dans des cas extraordinaires, et avec le consentement des anciens de la corporation, que le maître peut remettre à l'apprenti une partie du temps d'apprentissage ; cette remise ne peut excéder le quart du temps, si la durée totale est de plus de trois ans, et le tiers si cette durée est de quatre à six ans. Les autres conditions doivent être fixées dans le contrat.

§ 3 (24e du rapport de M. de Reden). *Quels sont les rapports entre l'apprenti et le maître.*

Prusse. — L'établissement des rapports entre les artisans indépendants et leurs compagnons, aides et apprentis, est l'objet d'une libre convention. L'autorité de police du lieu doit, sous ce rapport, veiller à ce que l'occupation et le traitement des compagnons, aides et apprentis soient entourés des égards dus à leur santé et à leur moralité, et à ce qu'un temps convenable soit laissé à la disposition de ceux qui ont encore besoin d'instruction scolaire et religieuse. Le maître doit se regarder comme obligé à faire de l'apprenti, par le travail et l'enseignement, un compagnon capable. Il ne doit pas enlever à l'apprenti le temps et le travail nécessaires pour atteindre ce but, en l'employant à d'autres ser-

[1] Il y a une récompense légale de 50 thalers pour l'apprentissage des sourds-muets (Hérold).

Digitized by Google

vices. Le maître doit s'efforcer de retenir l'apprenti dans l'amour du travail et les bonnes mœurs, et de le préserver des vices et de la dissipation. L'apprenti est soumis à la correction paternelle du maître et, en son absence, tenu d'obéir au compagnon ou aide qui le remplace. Le contrat d'apprentissage peut être résolu contre la volonté du maître avant le laps de temps fixé, si le maître néglige grossièrement les devoirs qui lui sont imposés ou abuse du droit de correction paternelle, et si l'apprenti passe à une autre vocation et à un autre métier. Le contrat d'apprentissage doit aussi être résolu sur la demande de l'une ou de l'autre des parties, si le maître ou l'apprenti est incapable de remplir les obligations qu'il a contractées. Le règlement pécuniaire doit en ce cas avoir lieu entre les parties dans le rapport du temps écoulé à la durée totale de l'apprentissage.

Autriche. — Le devoir des maîtres à l'égard des jeunes apprentis est de les conduire directement à la capacité professionnelle, et de n'en point abuser par des travaux domestiques et des traitements grossiers. Pareil abus est réprimé par des peines de police sévères.

L'obligation des jeunes apprentis consiste dans l'application, la fidélité, l'obéissance et la moralité de la conduite. Les rapports entre les maîtres et les apprentis sont réglés en partie par les prescriptions légales, et en partie aussi par les statuts des corporations dans les professions ainsi constituées : le reste est laissé à la convention des parties.

Les maîtres doivent instruire à fond les jeunes apprentis, ne point les punir excessivement et sans juste cause, et interdire pareil abus à leurs femmes et à leurs compagnons. Ils doivent aussi s'abstenir d'employer les apprentis à des services de domesticité. Ceux qui enfreignent ces règles perdent la faculté de recevoir des apprentis. Les jeunes apprentis-ouvriers ne doivent jamais être employés à des travaux qui excèdent la mesure de leurs forces corporelles, empêchent leur croissance et portent atteinte à leur organisation. Les commissaires des corporations sont chargés de rappeler aux maîtres les devoirs de leur position dans chaque réunion trimestrielle. Les maîtres ne sont pas tenus de reprendre contre leur volonté un apprenti sorti follement de l'apprentissage. Un apprenti, en pareil cas, perd la somme qu'il a préalablement versée, et doit, s'il entre chez un autre maître, recommencer son temps d'apprentissage.

Bavière. — L'apprenti est, pendant la durée de l'apprentissage, sous la surveillance et la correction domestique du maître. Ce dernier assume

Digitized by Google

avec l'apprentissage l'obligation formelle de soigner l'apprenti sous le rapport moral et physique et comme s'il était membre de sa famille, enfin de ne l'appliquer à aucun travail disproportionné à ses forces, préjudiciable à sa santé ou qui contrarie son instruction professionnelle.

L'apprenti doit, de son côté, montrer au maître attention et obéissance, se conformer sans condition à l'ordre de la maison et soigner avec application et zèle les travaux qui lui sont confiés.

Wurtemberg. — Si le maître, par la cessation de l'accomplissement des obligations qu'il a contractées, par de mauvais traitements, par la négligence de son enseignement, ou de toute autre manière, donne à l'apprenti des motifs fondés de se retirer, il peut, suivant les degrés de ses torts, être tenu de lui remettre ou rembourser une partie plus ou moins grande du prix de l'apprentissage. Cependant cette remise et ce remboursement ne peuvent dépasser le tiers du prix entier de l'apprentissage. Le maître et l'apprenti ont pareillement droit au congé immédiat de l'apprentissage : 1° si l'un d'eux souffre d'une maladie qui a déjà duré plus de trois mois ; 2° si le maître, d'après l'état de ses affaires personnelles ou industrielles, est empêché d'occuper ou même d'instruire l'apprenti dans la profession à laquelle il se destine ; 3° si le maître se transporte dans une autre commune. La veuve du maître n'a ni droit d'exiger la continuation du contrat d'apprentissage, ni obligation de le continuer contre sa volonté. Les assemblées de corporations et leurs bureaux doivent veiller à ce que les apprentis confiés aux maîtres reçoivent un enseignement professionnel soigneux, consciencieux et, autant que possible, complet.

Hanovre. — Le maître doit veiller soigneusement à l'éducation de l'apprenti et l'instruire avec la plus grande attention dans tous les travaux de sa profession. Il doit obliger l'apprenti à une conduite morale, à l'assistance au service divin et, autant que cela peut être à désirer encore, à la participation à l'instruction religieuse. L'apprenti ne doit être employé à des services domestiques qu'autant qu'il ne néglige point par là son instruction professionnelle. L'apprenti doit à son maître respect, obéissance et fidélité dans les relations domestiques et industrielles. Le maître a droit de correction paternelle sur l'apprenti. Dans le cas d'absence ou de maladie du maître, l'apprenti doit obéir, dans les occupations du métier, aux compagnons sous la direction desquels le maître l'a placé. Celui-ci peut congédier l'apprenti : 1° pour cause d'infidélité ; 2° pour grave offense au maître ou à un membre de sa famille ; 3° pour

Digitized by Google

désobéissance persévérante ; 4° pour conduite vicieuse ; 5° pour relations immorales ou suspectes d'immoralité avec les ouvriers de la maison ; 6° pour paresse obstinée ; 7° pour complète inaptitude relativement à la profession ; 8° pour survenance de maladie dégoûtante prolongée. L'apprenti qui sort de l'apprentissage sans motifs légalement suffisants doit être ramené au devoir par des moyens de contrainte spéciaux.

Saxe-Weymar[1]. — Tout emploi de l'apprenti à d'autres travaux que ceux de la corporation est prohibé.

§ 4 (30e du rapport). *A quelles conditions est soumise la faculté d'avoir des compagnons, aides et apprentis.*

Prusse. — Quiconque est autorisé à exercer lui-même une profession reconnue a aussi le droit de tenir des compagnons et des aides. La faculté d'avoir des apprentis appartient à quiconque est autorisé à l'exercice indépendant d'un métier. Sont seulement exclus de cette faculté : 1° ceux qui ont été condamnés à raison d'un fait témoignant des sentiments infâmes, spécialement pour parjure, vol, larcin ou escroquerie ; 2° ceux qui se trouvent impliqués dans une instruction criminelle ; 3° ceux qui ont été privés pour certains temps de la capacité d'exercer une industrie ; ces derniers pourront cependant obtenir de l'autorité municipale la permission d'avoir des apprentis, s'ils s'en sont rendus dignes par leur conduite ultérieure. Les artisans qui se sont laissés aller à des fautes grossièrement contraires à leurs devoirs envers les apprentis qui leur étaient confiés peuvent être privés pour un certain temps ou pour toujours, par une décision du gouvernement, de la faculté d'entretenir des apprentis. Certains métiers, tels que ceux des tanneurs, cordonniers, corroyeurs, etc., obtiennent la faculté d'avoir des apprentis (en tant qu'elle ne leur appartenait pas déjà avant la publication de la loi du 17 janvier 1845), par cela seul qu'ils ont été admis dans une ancienne ou nouvelle corporation après la démonstration préalable de leur aptitude dans l'exercice de leur profession, ou qu'ils justifient de cette aptitude par une épreuve particulière.

Autriche. — Dans les métiers libres, on peut toujours former des ap-

[1] Règles particulières dans le royaume de Saxe. — Si l'apprenti échappe à l'atelier avant l'expiration du temps fixé pour l'apprentissage, il doit solder chaque jour d'absence par une semaine de travail. — La veuve a le droit de continuer l'apprenti (Hérold).

Digitized by Google

prentis; dans ceux assujettis à des règles de police, le droit d'avoir des apprentis est acquis avec celui de maîtrise.

Bavière.—L'exercice réel du droit de recevoir des apprentis est subordonné à la supposition que le maître dont il s'agit paraît capable, aussi bien dans son métier que dans ses rapports personnels, de donner à l'apprenti, pendant le temps de l'apprentissage, l'instruction exigible pour son exercice professionnel futur, et d'exercer sur lui la surveillance convenable. Les autorités de police du district sont obligées d'y donner leurs soins, et doivent refuser le droit de recevoir des apprentis aux maîtres qui mènent une conduite notoirement immorale, qui négligent ouvertement l'exercice de leur profession, qui méconnaissent l'obligation à eux imposée de veiller à ce que les apprentis assistent au service divin, à l'instruction religieuse des écoles du dimanche et des fêtes, et soient éloignés des bals et cabarets, ou qui refusent aux apprentis la faculté d'assister aux enseignements du dimanche.

Dans presque tous les autres pays de l'Allemagne, le droit d'avoir des apprentis est pareillement lié avec l'acquisition du droit de maîtrise; il en est ainsi à Saxe-Weimar, Schwarzbourg-Sondershausen, Oldenbourg, etc.

§ 5 (31e du rapport). — *Existe-t-il des restrictions légales pour les maîtres, relativement à l'admission des apprentis et des compagnons?*

Prusse. — La loi du 7 septembre 1811 a accordé à chaque maître le droit illimité d'avoir des compagnons.

Autriche.— Le nombre des apprentis, originairement limité, n'est maintenant restreint ni pour les métiers assujettis à des règles de police, ni pour les métiers appartenant au commerce. La limitation dans la réception des compagnons a aussi disparu. Chaque maître peut recevoir autant de compagnons qu'il le veut. Le règlement du 20 décembre 1820 permet aussi à tout ouvrier reconnu (*berichtigt*) de prendre des compagnons d'autres corporations.

Bavière. — L'exercice des métiers n'est restreint par aucune limite dans le nombre des compagnons à entretenir. Il ne peut y avoir non plus de restriction relativement aux apprentis, qu'autant que leur nombre rendrait évidemment impossible leur occupation permanente et leur instruction soignée.

Wurtemberg.— Le maître appartenant à une corporation peut, outre les compagnons et les apprentis de la corporation ou à leur place, employer d'autres aides dans ses travaux, sans être assujetti à aucune

Digitized by Google

restriction relative au nombre, à l'âge, à l'état ou à la famille des travailleurs.

Hanovre.— Chaque maître peut entretenir le nombre de compagnons qu'il lui plaît. Il ne peut avoir plus d'apprentis qu'il n'est en état d'en instruire convenablement.

Royaume de Saxe. — Pour assurer l'instruction et la surveillance nécessaires, il est interdit aux maîtres ou chefs d'ateliers de recevoir en même têmps plus d'apprentis qu'ils ne sont en état d'en instruire, suivant l'appréciation des anciens de la corporation, et, là où il est nécessaire, de l'autorité locale. L'entretien d'un plus grand nombre d'apprentis peut aussi être permis, malgré une décision opposée des corporations. L'admission des compagnons et des apprentis est limitée, sous le rapport du nombre, relativement à une partie des artisans exerçant dans les villages[1].

Hambourg.—Chaque maître peut recevoir autant de compagnons qu'il le juge nécessaire pour l'exercice de sa profession; mais il ne peut avoir au delà de deux apprentis.

[1] Dans le duché de Saxe-Weymar, les maîtres-ouvriers dans la campagne ne peuvent avoir d'autre apprenti que leurs fils ou leurs petit-fils; ils ne peuvent, à l'exception des maçons, crépisseurs, couvreurs et charpentiers, avoir plus d'un compagnon. (Rapport de M. de Reden, quest. 15.)

Digitized by Google

DE L'AUTORITÉ RELATIVE

DE LA

PREUVE LITTÉRALE ET DE LA PREUVE TESTIMONIALE EN DROIT ROMAIN [1].

Nous ne recherchons pas ici la force probante des écrits considérés en eux-mêmes; nous ne comparons pas les écrits entre eux; nous nous proposons de leur faire subir l'épreuve d'une autre comparaison.

Supposons les écrits en présence des témoins, et demandons-nous laquelle, de la preuve littérale ou de la preuve testimoniale, aura le plus d'autorité. Difficile problème, dont nous allons chercher la solution dans des textes qui se heurtent d'une manière étrange, et au milieu de la plus prodigieuse diversité de systèmes chez les commentateurs du droit romain.

Trois systèmes nous frappent tout d'abord par leur caractère tranché :

1° La preuve testimoniale a plus de force que la preuve littérale ;

[1] Ce travail fait partie d'un Mémoire sur la preuve littérale, Mémoire qui a obtenu le premier prix de doctorat à la Faculté de droit de Poitiers.

Le rapport présenté au nom de la Faculté sur le concours porte : « Le « soin avec lequel M. Derome a traité son sujet indiquerait presque qu'il « destinait son travail à l'impression. Certes, bien des Mémoires ont reçu « les honneurs de la publicité, sans présenter le même intérêt. » Nous nous empressons d'accueillir ce fragment; il promet à la science du droit un habile et vigoureux adepte. (Note de la direction de la *Revue*.)

Digitized by Google

2° La preuve littérale a plus de force que la preuve testimoniale;

3° La preuve littérale et la preuve testimoniale ont un poids égal; elles se contrebalancent; il y a équilibre.

Le premier système est soutenu par Treutler et par Schulting; les témoins l'emportent sur les écrits, même sur les écrits publics. Cette doctrine invoque un texte auquel on prête un sens qu'il n'a point : *Rescripsit Hadrianus : testibus se, non testimoniis crediturum* (L. 3, § 3, ff. *De testibus*). Ce rescrit, qui se renferme d'ailleurs dans les causes criminelles, n'a pas même trait à la preuve littérale. Il ne s'occupe que des témoins, et du mode de recueillir leurs dépositions. Adrien veut que les témoins soient entendus par le juge, et qu'on ne se borne pas à lire leurs dépositions écrites. Une autre loi semble militer en faveur de la doctrine que je réfute : *Nos quidem*, dit Justinien, *ea quæ viva voce et cum jurejurando dicuntur, fide digniora esse existimamus, quam ipsam per se scripturam* (*Nov.* LXXIII, c. III). Il suffit de lire ce chapitre jusqu'au bout pour se convaincre qu'il ne donne pas d'une manière absolue la préférence aux témoins sur les écrits : *Verumtamen hoc judicis prudentiæ et religionis sit.* Cette *Novelle* est presque textuellement reproduite dans le *Promptuarium* d'Harménopule : certes, Harménopule ne songeait pas à donner aux dépositions des témoins plus de valeur qu'aux écrits, lui qui pose ce principe : *Testimonium non scriptum adversus instrumenti fidem vim habere non potest* (*Harmenopuli, Promptuarium juris civilis*, lib. I, tit. VI). Nous ne voulons pas affaiblir l'autorité de la *Novelle* 73. La *Novelle* tranche la question pour l'objet qu'elle a en vue. Il s'agit d'écriture contestée et soumise à vérification. Or, Justinien décide que, pour apprécier la sincérité de l'écrit, la déposition des témoins

Digitized by Google

est un moyen plus sûr que la comparaison d'écritures.

On a fouillé dans les ouvrages de Cicéron pour appuyer les témoins à l'encontre des écrits : *Est ridiculum... quum habeas amplissimi viri religionem, integerrimi municipii jusjurandum fidemque, ea, quæ depravari nullo modo possunt, repudiare; tabulas, quas idem dicis solere corrumpi, desiderare* (Cicero, *Pro Archia poeta*, cap. IV). L'autorité de Cicéron est, en cette matière, affaiblie, pour ainsi dire, par Cicéron lui-même; car il ne s'agit pas à ses yeux d'un procès ordinaire, mais d'un procès qui intéresse les lettres et la cité romaine tout entière.

L'orateur romain demande à donner à son discours une forme nouvelle, dont le barreau n'a point d'exemple : *Hoc uti genere dicendi, quod non modo a consuetudine judiciorum, verum etiam a forensi sermone abhorreat... Uti prope novo quodam et inusitato genere dicendi... De studiis humanitatis ac litterarum paulo loqui liberius* (*Pro Archia*, cap. II). Mais je vais plus loin; je suppose que Cicéron raisonne ici selon toute la rigueur et toute la subtilité de la loi : l'opinion de Treutler et de Schulting n'y gagne rien. L'orateur romain, il est vrai, parle et des témoignages et des écrits, voire même des écrits publics, *quæ publicarum tabularum auctoritatem obtinent. Hic tu tabulas Heracleensium publicas desideras.* Mais ces tables sont détruites : *Quas Italico bello, incenso tabulario, interisse scimus omnes.* Cicéron ne prétend pas détruire par des témoignages l'autorité d'un écrit public. Que veut-il? Suppléer par des témoignages à un écrit public qui n'existe plus : *Actorum interitu veritas convelli non solet* (L. 1, 6, 7, 8, 10, 11, Code *De fide instrum.*; L. 15, Code *De jure dotium*; L. 25, Code *De liberali causa*).

Dans le second système, les écrits l'emportent sur les té-

Digitized by Google

moins. Et ici Pothier et Domat viennent jeter dans la balance tout le poids de leur autorité. Selon leur doctrine, s'il y a opposition entre les deux genres de preuve, la preuve littérale, les *instrumenta*, l'emportent sur les témoins : *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur* (L. 1, *De testibus;* Pothier, *Pand. Justin.*, lib. XXII, tit. III, *De probation.*, sect. I, art. 1 et 3; Domat, *Lois civiles*, tom. IV, tit. VI, sect. II, nos 4 et 7).

Nous sommes loin de condamner absolument cette doctrine; mais nous ne saurions admettre qu'elle eût un fondement bien solide, si elle ne s'appuyait sur la loi Ire, Code *De testibus*. Cette loi ne se trouve pas dans les anciennes éditions du Code. Restituée par Cujas (*Observat.* XIII, 38), elle apparaît pour la première fois dans l'édition de Godefroi, comme extraite des *Basiliques*. Ce n'est donc pas un texte parfaitement authentique. Je crains d'ailleurs qu'il n'ait été mal compris.

Il pourrait signifier que les témoins signataires d'un acte ne sont pas admis à en démentir l'énoncé. Telle est l'interprétation adoptée par Schulting (*Décade* 99, th. 3, cité par Pothier, *Pand. Justin.*). Si cette interprétation est juste, le système de Pothier pèche par sa base. Nous nous permettrons de proposer une autre explication qui le ruinerait également.

Testimonium scriptum, un témoignage écrit, ne peut être pris pour un *instrumentum* que dans le sens figuré. Au sens propre, cette expression signifiera une déposition écrite ou par le témoin ou sous sa dictée. *Testimonium scriptum* n'est pas autre chose que les *testimonia quæ recitari solent*, opposés aux *præsentes testes*, dans la loi 3, §§ 3 et 4, ff. *De testibus*. Voilà le sens propre.

En bonne critique, il n'est permis de préférer le sens fi-

Digitized by Google

guré que dans le cas où le sens propre ne serait point admissible. Or, il s'en faut bien qu'il en soit ainsi dans le passage qui nous occupe.

Une déposition orale n'est pas valable contre une déposition écrite; c'est-à-dire un témoin ne mérite pas créance, lorsqu'il dément verbalement ce qu'il avait affirmé par écrit. *Testes qui adversus fidem suæ testationis vacillant, audiendi non sunt* (L. 1 et 2, ff. *De testibus*).

Une autre leçon donne : Κατὰ εγγράφον μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ φέρεται· εὐπιστοτέρα γὰρ ἐστι.

Dans cet état, la variante est inexplicable, quel que soit le sens qu'on donne au mot μαρτυρία. Mais qu'on supprime la négation devant φέρεται, et l'on obtient, suivant le sens qu'on donne à μαρτυρία :

Un témoignage verbal est admis contre un instrument public, car il est plus digne de foi;

Ou bien : Un témoignage verbal est admis contre une déposition écrite, car il est plus digne de foi.

La première traduction est une absurdité; la seconde offre un sens raisonnable, et qui rentre dans le principe : *Testibus se, non testimoniis crediturum* (L. 3, § 3, ff. *De testibus*). Seulement, il faut supposer ici que la déposition orale et la déposition écrite n'émanent pas du même témoin.

En définitive, c'est là un de ces textes qu'il faut abandonner. Nous en trouverons d'autres qui prêteront un plus ferme appui à l'opinion de Domat et de Pothier.

Le troisième système adopte, comme principe, la loi 15, Code *De fide instrumentorum : In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.* Toutefois, en proclamant ce principe, les auteurs présentent chacun leur doctrine avec des nuances qu'il importe de signaler.

Digitized by Google

Zoesius, Voet et Cujas se rallient sans réserve au principe de la loi 15, Code *De fid. instrum.* S'il y a opposition entre les titres écrits et les témoins, le juge pourra donner la préférence aux uns ou aux autres, selon que les écrits méritent plus de confiance que les témoins, ou que les témoins lui paraissent plus irréprochables que les écrits. Si donc nous trouvons telle loi qui déclare que l'autorité de l'écrit peut être ébranlée par les dépositions des témoins (L. 14, Code *De contrah. et commit. stipulat.*), c'est que, dans l'hypothèse de cette loi, les témoins sont au-dessus de tout reproche, *omni exceptione majores.* Si, au contraire, une loi prohibe l'admission de la preuve testimoniale contre un écrit (L. 10, ff. *De probat.*), c'est que, dans ce cas, l'autorité de l'écrit est incontestable : *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt* (*Pauli sentent.*, lib. v, tit. xv, § 4).

Struvius veut aussi que les écrits et les témoins obtiennent une foi égale. Seulement, dans les causes publiques, pour le payement du cens, par exemple, les titres écrits l'emportent sur les simples témoignages. Cette opinion se rattache à celle de Cujas, mais elle semble distinguer entre les causes publiques et les causes privées; et, en vérité, où sont les motifs qui nous autoriseraient à fonder sur la nature des choses à prouver une distinction qu'il est si naturel de chercher dans la nature des preuves elles-mêmes? (Struvius, *Immo Gothofredi, hoc est conciliat. legum, etc.*)

La doctrine de ces auteurs ne tient aucun compte de la loi 1re, Code *De testibus* : *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur.* Nous n'avons garde de lui en faire un reproche, nous qui sommes loin d'attacher une grande valeur à ce texte. Elle a l'avantage de combiner heureusement les textes les plus opposés, et de les concilier

Digitized by Google

par des distinctions qui ne sont pas de vaines subtilités. Ainsi Voet a soin de remarquer que la loi repousse impérieusement les témoins dans certains cas. De son côté, Cujas fait observer que la preuve testimoniale, puissante lorsqu'il s'agit d'une question de fait, n'est qu'à peine suffisante pour établir les droits, les qualités, l'état des personnes (L. 2, Code *De probat*; loi 29, ff. *De probat*). Il ne reconnaît pas aux témoins le droit d'attaquer le contenu d'un écrit dont la sincérité n'est pas attaquée (*Nov.* 90, *De testibus*, c. II). Il déclare que leur déposition n'est pas recevable contre une obligation qui n'a pu être contractée qu'au moyen d'un écrit. On voit que les partisans de ce système font une belle part à la preuve littérale. S'ils ne prenaient pas la loi 15, au Code *De fid. instrum.*, pour le principe fondamental de leur doctrine, il faudrait les ranger parmi les jurisconsultes qui ont cherché un milieu entre les opinions tranchantes. (Voir Henrici Zoesii *Comment. ad Digest. libros*, ad titulum *De fid. instrum*; Johann. Voet., *Comment. ad Pandectas*, ad tit. *De testibus*, n° 1; Cujaccii opera, vol. IX, ad tit. XX, *De testibus*.)

Selon les éclectiques, la vérité n'est ni dans la loi 1re, Code *De testibus*, ni dans la loi 10, ff. *De probat.*, ni dans la loi 15, Code *De fide instrum.* Il ne faut pas être exclusif; il faut combiner les diverses lois qui se rattachent à notre matière; il faut procéder par distinctions.

Heineccius et Ubricus Hunnius distinguent entre les écrits publics et les écrits privés : les écrits publics ont une autorité plus efficace que les témoins; ils ne sont pas sujets à tomber devant la preuve contraire faite par des témoins : *Census et monumenta publica potiora esse testibus senatus censuit.* Quant aux écrits privés, ils sont sur la même ligne que les témoins; la preuve testimoniale peut ébranler la foi d'un

Digitized by Google

écrit privé (L. 15, Code *De fide instrum. in exercendis litibus*). Remarquons que ces auteurs comprennent sous le nom de *instrumenta publica*, les écrits que les Romains appelaient *instrumenta publice confecta*. En élevant ces derniers au même rang que les premiers, ils donnent aux écrits *forenses* une autorité qu'ils n'ont point.

Il semble, au premier abord, que Doneau soit de tous les jurisconsultes celui qui est entré le plus profondément dans l'esprit du droit romain. Cet auteur distingue entre les *instrumenta publica* d'une part, et les *instrumenta publice confecta* et les *instrumenta privata*, d'autre part.

S'agit-il d'un *instrumentum publicum?* Il faut appliquer la loi 10, ff. *De probationibus : Census et monumenta publica potiora esse testibus senatus censuit.* La preuve contraire résultant soit d'un écrit privé, soit de la déposition faite par des témoins, n'est pas admise contre l'écrit public : *gesta, quæ sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem* (L. 6, Code *De re judicata*). *Hæ donationes quæ... fuerint publicatæ... obtineant inconcussam ac perpetuam firmitatem* (L. 30, Code *De donationibus*). *Superfluum est privatum testimonium, quum publica monumenta sufficiant* (L. 31, Code *De donat.* ; Donell., lib. XXV, cap. XVI).

S'agit-il d'un *instrumentum publice confectum* ou bien d'un *instrumentum privatum* ? Nous n'avons plus ici de textes qui accordent à ces écrits une foi inébranlable, et nous tombons sous l'application de la loi 15, Code *De fide instrumentorum : In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam testium depositiones.* En effet, lorsque la preuve littérale se trouve en présence de la preuve testimoniale, les textes mettent continuellement sur la même ligne l'*instrumentum privatum* et l'*instrumentum pu-*

Digitized by Google

blice confectum; ils ne font entre eux aucune distinction; comment pourrions-nous distinguer quand la loi ne distingue point? (Arg. L. 18, Cod. *De prob.;* L. 14, Cod. *De contrah. stipul.;* L. 9, § 3, ff. *Quod metus causa*; L. 11, Cod. *Qui potiores in pignore.*) Ainsi, pour les écrits privés ou *forenses*, Doneau met sur la même ligne la preuve testimoniale et la preuve littérale; ou, s'il faut opter, il inclinera vers la première: *Placet ad res probandas eamdem vim esse testium, aut etiam majorem quam instrumentorum* (Donellus, *Comment. De jure civili*, lib. XXV, cap. XVIII, § 5).

Pourquoi ne l'avouerais-je pas? Cette doctrine m'avait longtemps séduit; je croyais avoir trouvé en elle l'expression fidèle de la loi romaine. Mais une étude plus sérieuse des textes m'y a fait renoncer; je m'en tiens définitivement à la doctrine que je vais exposer.

L'histoire nous enseigne que l'écriture, peu connue dans les premiers temps de la république, ne se répandit qu'assez tard parmi les différentes classes de citoyens, et que, jusque sous les derniers temps de l'empire, elle resta toujours ignorée d'une grande partie de la population. La preuve littérale suivit les progrès de l'écriture. Presque nulle dans l'origine, elle dut laisser le champ complétement libre à la preuve testimoniale. Ensuite les deux genres de preuve entrèrent en concurrence; et, pour la première période de leur rivalité, nous acceptons sans contradiction le système qui tend à élever la preuve testimoniale au-dessus de la preuve écrite chez le peuple romain. Avec le temps dut s'établir une sorte d'équilibre; ce fut le règne de cette égalité admise par quelques auteurs, égalité dont nous ne trouvons pas la trace dans les monuments de la législation, mais dont nous trouverons la formule, si l'on veut, dans la constitution de l'em-

Digitized by Google

pereur Constantin en 317 : *In exercendis litibus eamdem vim*, etc. (L. 15, Cod. *De fide instrum.*).

Mais déjà, et même longtemps avant l'année 317, la preuve littérale avait pris un grand ascendant; et je crois qu'il faut reconnaître, avec Domat et Pothier, qu'elle finit par s'emparer de la prééminence.

Cujas rapporte à l'empereur Caracalla la loi 1re, Code *De testibus : Contra scriptum testimonium*, etc. Mais ne parlons plus de cette maxime, dont l'origine est aussi obscure que le sens.

Vers le milieu ou la fin du second siècle de l'ère chrétienne, Marcellus nous apprend qu'à une époque inconnue, le sénat avait établi le principe qui accorde aux monuments publics une supériorité marquée sur les témoins : *Census et monumenta publica*, etc. (L. 10, ff. *De probat.*).

Le travail des jurisconsultes ne fut pas étranger sans doute au progrès de la preuve littérale. Paul, qui suivit de près Marcellus, généralise le principe établi par le sénat, et l'étend, avec une hardiesse qui nous étonne, à tous les écrits sans exception, pourvu que leur sincérité ne soit pas mise en doute : *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur*, etc. (Pauli *Sentent.*, lib. v, tit. xv, § 4).

Conséquent avec lui-même, Paul déclare encore que celui qui s'est reconnu débiteur par écrit, et qui a nettement exposé la cause de sa dette, *specialiter causas explanavit*, ne pourra combattre son engagement écrit que par des preuves écrites, *nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese hæc indebite promisisse* (L. 25, ff. *De probation.*).

Vers le même temps, en 223, un rescrit d'Alexandre Sévère fermait la bouche aux témoins dans une question d'état, si leurs dépositions n'étaient corroborées par un

Digitized by Google

écrit : *Si tibi controversia ingenuitatis fiet, defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus putas; soli etenim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt* (L. 2, Code *De probationibus*).

Plus tard le même esprit dicte à Dioclétien un rescrit qui mérite une explication. Il s'agit d'un mineur qui s'est obligé en se donnant pour majeur. La restitution *in integrum* lui sera refusée, s'il acherché à circonvenir celui contre lequel il réclame ; si, au contraire, il n'y a pas fraude de sa part, il pourra opposer sa minorité, en la prouvant soit par des écrits, soit par des témoins. En effet, il n'est pas ici question de prouver un fait contraire à l'écrit probatoire, mais un fait qui est en dehors de l'écrit, qui lui est extrinsèque. Toutefois si le mineur avait assuré par serment, dans l'acte même, qu'il était majeur, il ne serait plus admis à prouver sa minorité que par la preuve littérale, *palam et evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones* (L. 3, Cod. *Si minor se majorem*). Dans cette dernière hypothèse, c'est le contenu de l'acte lui-même qui est attaqué : la preuve testimoniale n'est plus valable.

Trois siècles après Paul, l'empereur Justin transcrit dans une de ses lois la décision précitée du jurisconsulte, et la copie jusque dans le choix des mots : *Generaliter sancimus ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationes stipulatorem exigere, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta in scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit* (L. 13, Code *De non numerat. pecun.*).

Nous ne pouvons nous empêcher d'appeler ici l'attention

Digitized by Google

sur l'étendue presque illimitée de cette constitution. Elle embrasse toutes les dettes d'argent, quelle qu'en soit l'origine : *Generaliter pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendentibus.* Il faut, et il suffit que la cause de l'obligation soit clairement spécifiée. Sans la mention de la cause, l'écrit serait tenu pour nul et non avenu. Mais si l'acte existe, on ne peut lui opposer que des écrits, *argumenta in scriptis inserta.*

Justinien, en 531, paraît s'écarter du principe admis par son prédécesseur. Il autorise la preuve par témoins contre les écrits qui ont pour objet un contrat, et particulièrement un prêt à intérêts; mais dans quels cas? Seulement lorsqu'il y a doute sur la présence des parties, présence mentionnée dans l'acte; et encore préfère-t-il la preuve écrite à la preuve testimoniale : *Liquidis ac manifestis probationibus, et melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores* (L. 14, Code *De contrah. et committend. stipul.*). Aux yeux de Justinien, les témoins les plus dignes de confiance ne valent pas les preuves écrites, qui restent ainsi *testibus potiora.*

Dans une constitution qui avait paru trois ans auparavant, la préférence de l'empereur pour la preuve littérale s'était manifestée avec non moins d'évidence dans un autre cas. Il ne s'agit plus d'attaquer une obligation contractée : la dette a existé; elle est reconnue; on avoue l'écrit qui la constate; mais on prétend qu'elle se trouve éteinte par un payement. Si l'obligé avait eu soin de se faire délivrer une quittance, il n'aurait qu'à l'exhiber. Il a négligé cette précaution : il faut qu'il produise cinq témoins d'une probité irréprochable, qui déclarent, sous *la foi du serment,* que le payement a eu lieu *en leur présence : nisi quinque testes idonei et summæ atque integræ opinionis præsto fuerint solu-*

Digitized by Google

tioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum (L. 18, Code *De testibus*). Cette disposition, de l'année 528, est confirmée en 539 par la Novelle 90, *De testibus*, c. IV.

La loi 18, Code *De testibus*, est moins sévère pour la preuve du payement par témoins, dans le cas où la quittance aurait été perdue. Elle n'exige que deux témoins pour en prouver la perte (Arg. L. 12, ff. *De testibus*). Trois seraient nécessaires, du moins en certains cas, si l'on voulait prouver, non la perte de la quittance, mais le fait même du payement (L. 3, Code *Si certum petatur*). Ici les témoins ne viennent point attaquer un écrit; loin de là, ils viennent suppléer, par leurs dépositions, un écrit qui a existé et qui n'existe plus.

On ne saurait disconvenir que l'exception *non numeratæ pecuniæ*, qui tient une si grande place dans les rescrits impériaux, depuis la fin du second siècle de l'ère chrétienne jusqu'au sixième siècle, ne soit une brèche à l'autorité des écrits; mais il n'en résulte aucun avantage pour la preuve testimoniale. Les témoins ne sont pas invoqués, dans ce cas, pour attaquer le contenu de l'écrit, mais au contraire pour le défendre. Leurs dépositions ne figurent que comme un complément de la preuve littérale.

Il est certain que Justinien semble hésiter quelquefois entre les deux genres de preuve. Dans la Novelle 73, notamment aux chap. I et II, il paraît incliner en faveur de la preuve testimoniale; cependant, au chap. IV de cette même Novelle, dans le chap. IV de la Novelle 74, dans la préface et les chap. II et III de la Novelle 90, il penche visiblement pour la preuve littérale.

La prééminence de la preuve littérale, établie par les grands jurisconsultes qui ont fleuri dans l'âge d'or du droit

Digitized by Google

romain, sous Adrien et ses successeurs, s'est maintenue pendant toute la décadence de l'empire d'Orient. Au commencement du dixième siècle, le principe de Paul domine le titre Ier du livre des Basiliques. Le titre XXX des Ρώμαινων en conserve des traces. On le voit invoqué par Harménopule au livre Ier, titre VI, de son *Promptuarium juris civilis*. Ainsi, l'Orient l'a reconnu jusqu'à la fin du quatorzième siècle (Cujas, ad tit. XX, *De testibus*).

En définitive, quelle est, au temps de Justinien, la solution de la question proposée, à savoir : quelle est la force de la preuve testimoniale à l'encontre des écrits?

S'il s'agit d'attaquer la sincérité d'un écrit, sa véritable origine, on peut recourir aux deux genres de preuve, et admettre le principe de l'empereur Constantin : *In exercendis litibus eamdem vim*, etc. (L. 15, Code *De fide instrum.*). Mais, pour nous débarrasser à l'instant même de toutes les objections que l'on pourrait tirer contre nous de cette loi 15, hâtons-nous de remarquer, avec Voet, Pothier et M. Bonnier, qu'elle établit l'admissibilité des deux genres de preuve pris isolément, sans les supposer en conflit, et que, par conséquent, elle ne s'explique point sur la supériorité relative des écrits et des témoins.

Quand il sera question de la vérification d'un écrit, nous admettons que la comparaison d'écriture n'inspire pas autant de confiance que les dépositions des témoins (*Nov.* 73, chap. III); mais la comparaison d'écritures n'est pas la preuve littérale.

Sans attaquer la sincérité d'un écrit, voulez-vous soutenir que la teneur de l'acte n'est pas conforme à la réalité des faits qu'il mentionne, des conventions qu'il constate? Je dis que, sur ce point, vous ne serez point admis à faire entendre des témoins, ou que leurs dépositions ne seront

Digitized by Google

que des auxiliaires aux écrits, des moyens subsidiaires de preuve, et qu'ils auront toujours moins de force que la preuve littérale.

Ils ne seront pas entendus; c'est la règle générale : *Testes, cum de fide instrumentorum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt* (Pauli *Sententiæ*, lib. v, tit. xv, § 4).

Passons en revue les différents genres d'écrits.

Contre les monuments publics l'attaque par la preuve testimoniale est impuissante : *Census et monumenta publica potiora esse testibus senatus censuit* (L. 10, ff. *De probat.*).

Les écrits *forenses* et les écrits privés ne peuvent être combattus que par des écrits ; les témoins sont exclus. Il est bien entendu que ces écrits doivent être en bonne forme, et qu'ils ne le sont point, si, par exemple, ils n'énoncent pas clairement la cause de l'obligation (L. 13, Cod. *De non numerat. pecun.;* L. 25, ff. *De probat.;* L. 3, Code *Si minor se majorem dixerit*).

Si l'on veut tirer de la loi 3, Code *Si minor se majorem dixerit*, un argument pour prouver que les témoins étaient entendus quelquefois contre un acte, nous répondrons : Oui, mais pour un fait extrinsèque à cet acte ; par exemple, l'âge d'une des parties contractantes.

Cujas convient que les obligations qui ne pouvaient être contractées qu'au moyen de l'écriture ne pouvaient aussi être combattues que par des écrits, à l'exclusion des témoins.

Il déclare encore que les témoins ne peuvent attaquer le contenu d'un écrit, lorsque la sincérité de cet écrit n'est point attaquée.

Dès lors, on pourrait le ranger parmi ceux qui reconnaissent la prééminence de la preuve littérale, et malgré

Digitized by Google

l'importance exagérée qu'il donne à la maxime : *In exercendis litibus eamdem vim*, etc., nous oserons dire que Cujas est avec nous, comme Domat et Pothier, pour proclamer le principe de Paul : *Testes, cùm de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.* (La même doctrine est enseignée par M. Bonnier, dans son traité *Des Preuves*.)

Si nous devions généraliser la question que nous venons de traiter, et nous demander dans quels cas la preuve testimoniale ou la preuve littérale étaient ou non recevables en droit romain, nous dirions en deux mots :

En général, ces deux genres de preuve sont également admissibles. C'est ici le lieu d'appliquer la maxime : *In exercendis litibus eamdem vim*, etc. (L. 15, Code *De fid. instrum.*).

S'ils sont entendus, ce ne sera que par exception et comme auxiliaires de la preuve littérale, par exemple dans le cas de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, où ils affirment le fait du payement attesté par un acte.

Dans tous les cas, la preuve testimoniale, quand elle est admise, est toujours placée au-dessous de la preuve littérale, *melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores* (L. 14, Code *De contrah. et committend. stipul.* ; L. 18, Code *De testibus; Nov.* 90, chap. II, *De testibus*).

Il y a des lois qui repoussent formellement les témoins dans certains cas : c'est ainsi que la preuve testimoniale n'est pas admissible contre le contenu de l'écrit.

Il y a d'autres lois qui admettent les témoins, mais à défaut de preuves écrites, ou bien concurremment avec les preuves écrites, mais en manifestant pour celles-ci une préférence marquée.

Digitized by Google

Il n'y a point de loi qui repousse, en aucun cas, la preuve écrite; partout où elle est possible, elle est admise.

Enfin, y aurait-il invraisemblance à supposer que, dans certains cas douteux, là où la loi ne prononçait pas formellement l'exclusion des témoins, quelque latitude était laissée à la sagesse et à la discrétion du juge? Nous ne chercherons pas à nous prévaloir de cette décision de Justinien : *Verumtamen hoc judicis prudentiæ et religionis sit* (Nov. 73, ch. III); elle ne s'applique évidemment qu'au choix entre les témoins et la vérification par comparaison d'écritures.

Mais nous lisons dans un rescrit de Dioclétien :

Judicia certa (ou *cætera*), *quæ jure non respuuntur, non minorem probationis, quam instrumenta, continent fidem : quo jure.... uti non prohiberis* (L. 19, C. *De rei vindicatione*).

Voilà donc tous les moyens de preuve, et par conséquent l'audition des témoins, ou même les simples indices, mis au niveau des écrits, en ce sens qu'il appartient au juge de prendre où il voudra les éléments de sa conviction, pourvu que la loi ne s'y oppose point : *Quæ jure non respuuntur.*

Un rescrit d'Adrien semble développer cette doctrine : Il n'y a pas, dit-il, de règle certaine dont vous deviez faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. Si les monuments publics sont quelquefois nécessaires pour faire découvrir la vérité, il n'en est pas toujours ainsi... Tout ce que je puis vous dire en somme, c'est que l'instruction ne doit pas se croire assujettie à l'emploi d'*un seul genre de preuve*, et qu'il vous appartient de chercher, dans la sincérité de votre conscience, quelle impression ce que vous avez entendu a faite sur votre raison. *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. Sicut non*

Digitized by Google

semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur..... Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris (L. 3, ff. *De testibus*).

Notre loi française ne tient pas un autre langage quand elle s'adresse aux jurés (art. 342 *C. instruct. crim.*).

TH. DEROME,
Avocat à la Cour d'appel de Poitiers.

Digitized by Google

TEXTES SUR LA DOT,

TRADUITS ET COMMENTÉS

PAR M. PELLAT,

Professeur de Pandectes et doyen de la Faculté de droit de Paris [1].

Il est deux méthodes distinctes d'enseignement du droit : la méthode exégétique, la méthode dogmatique. La première procède par l'analyse ; la seconde a pour moyen la synthèse. L'une, s'attachant aux détails, ne négligeant aucune des idées, aucun des termes du texte qu'elle interprète, discutant l'application des principes du droit à une série d'espèces variées, est éminemment propre à développer et à régler l'esprit d'examen et de critique, si nécessaire à la pratique de la jurisprudence. L'autre, rapprochant les textes, si fréquemment épars, d'après l'analogie et, pour ainsi dire, la parenté de leurs dispositions, en saisit les traits fondamentaux ; et, par une puissante généralisation, elle grave dans l'esprit des principes qui suppléent souvent à l'absence des textes, et dominent les différentes hypothèses auxquelles donne naissance la complication des rapports sociaux.

Quels que soient les avantages absolus de chacune de ces méthodes, elles exposent à de graves dangers, lorsqu'elles demeurent isolées l'une de l'autre. Le mieux est de les concilier autant qu'il est possible, pour empêcher l'esprit soit de s'égarer dans le vide de théories abstraites, sans fondement comme sans application, soit de se laisser entraîner sans boussole au courant des faits par l'intérêt ou le caprice du moment. Les principes et les faits sont entre eux dans un état continuel d'action et de réaction ; le monde politique, comme le monde judiciaire, l'oublie peut-être trop facilement de nos jours

[1] Paris, Thorel, 1848, in-8°.

Digitized by Google

Dans les ouvrages qu'il a publiés, et dans les cours qu'il a professés jusqu'à présent, M. Pellat a compris l'importance de la conciliation des deux méthodes. L'exégèse et la synthèse l'ont trouvé également prêt à les servir. Sa traduction des Institutes de Gaïus, celle du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes sur les droits de gage et d'hypothèque, ont éclairci et précisé le sens de textes obscurs ou incomplets. D'autre part, sa traduction du *Cours de droit privé des Romains* par Marezoll, et surtout sa brochure demeurée classique sur la propriété et ses principaux démembrements, d'après la législation romaine, ont enrichi notre littérature juridique d'un tableau d'ensemble, animé par la science historique et rendu saisissant par la lucidité de la généralisation.

De même, dans ses cours de 1844 et 1845 sur les droits réels et les droits de créance, les deux méthodes marchèrent continuellement de front ; et le professeur ne manqua jamais ou de confirmer par les textes un principe général antérieurement posé, ou d'extraire ce principe des textes qu'il avait analysés.

Le nouvel ouvrage que M. Pellat offre aujourd'hui à ses élèves et au public est surtout un livre d'exégèse. Le titre qu'il porte suffit à l'indiquer. C'est à l'exposition de la dot, du régime dotal, qu'il est affecté.

Il comprend la traduction et le commentaire *ex professo* du titre VI des fragments d'Ulpien *De dotibus* ; du titre VII, ibid., *De jure donationum inter virum et uxorem ;* du titre IX, livre II de l'Epitome des Institutes de Gaïus, qui fait partie du Bréviaire d'Alaric, et du livre XXIII, titre III des Pandectes, *De jure dotium.*

Sans doute ces textes ne sont pas les seuls que la législation romaine consacre à la théorie de la dot. Indépendamment du droit postjustinien des Basiliques, les sentences de Paul, lib. II, titre XXI-XXIII, *De dotibus*, *De pactis inter virum et uxorem*, *De donationibus inter virum et uxorem*, les Fragmenta vaticana, § 94-122 ; les Pandectes depuis le livre XXIII-livre XXVI, et le livre V, titres XII-XVII du Code de Justinien traitent le même sujet.

Mais le commentaire exégétique de l'ensemble de ces dispositions serait un travail immense et de bien longue durée.

Digitized by Google

M. Pellat n'en livre aujourd'hui qu'une partie. Il a choisi dans ce vaste cadre les textes qui lui semblaient offrir le plus d'intérêt, et à ces textes il a eu soin de rattacher celles des dispositions contenues ailleurs qu'il a crues propres à les éclairer ou à les dévolopper. Une table annexée à la fin du volume indique le nombre considérable de fragments étrangers qui ont été commentés *in incidenti*. Parmi les sources rappelées ci-dessus, il en est peu qui n'aient pas fourni leur contingent.

Peut-être il viendra une époque prochaine où M. Pellat complétera son œuvre. Quelques passages du livre actuel nous font espérer qu'il en conçoit le projet.

Lorsqu'il aura mis le public au courant de tous les textes romains sur la matière, sans doute il pensera à en présenter sous une forme synthétique l'esprit et le caractère général. Dans l'ouvrage actuel, M. Pellat essaye rarement de systématiser les principes. Quand il l'essaye, c'est un coup de maître ; les pages où il résume le droit d'intenter l'*actio rei uxoriæ* (p. 14 et 15), la *retentio propter liberos* (p. 22), le caractère particulier de la dot (p. 47-51), ne laissent rien à désirer à cet égard. Mais il faut regretter que la tentative n'ait pu encore être poussée plus loin. C'est surtout aux élèves que le livre actuel semble destiné. Or, nous savons par expérience qu'après avoir lu l'analyse de chacun des textes commentés ici, ils ont besoin, pour aider leur mémoire à les retenir et en à profiter, de recourir à la classification la plus connue parmi nous, celle que Pothier propose dans ses *Pandectes*. Vraiment il y a là dès aujourd'hui une imperfection de l'ouvrage. Nous ne tenons aucunement à ce que, dans le travail de synthèse que nous sollicitons, M. Pellat suive Pothier ou les jurisconsultes de l'école allemande moderne. Il peut faire aussi bien en faisant d'une autre manière. Seulement, ce que nous espérons de sa sollicitude pour l'enseignement du droit, c'est un travail d'ensemble, qui soit pour la dot ce qu'est son livre d'il y a onze années pour la propriété et ses principaux démembrements.

Nous nous permettrons encore un désir plutôt qu'un regret.

Digitized by Google

L'histoire du régime des biens des époux depuis les temps les plus anciens de Rome jusqu'au Bas-Empire est pleine d'intérêt, et propre à éclairer plusieurs dispositions de notre Code civil sur le régime dotal. M. Ortolan en a senti l'importance, mais il ne pouvait, dans son explication des *Institutes* de Justinien, que signaler en passant à des recherches ultérieures les points principaux du sujet[1]. Après lui sont venus MM. Alban d'Hauthuille[2], Ed. Laboulaye[3] et Ginoulhiac[4]. S'aidant des œuvres littéraires, comme des monuments juridiques de l'ancienne Rome, souvent guidés par l'érudition allemande, qu'ils rendent plus nette et plus précise, ces historiens-jurisconsultes ont représenté les phases successives de la dot, depuis la concentration par la *manus* du patrimoine de la femme dans les mains du mari, jusqu'à son affranchissement commencé par les lois caducaires et continué par la législation justinienne; et dans une synthèse aussi animée que puissante, ils ont comme soufflé la vie à ces textes épars. Eh bien! après que M. Pellat aura par une analyse rigoureuse pénétré le sens intime de chacun des textes relatifs à la matière, ne sera-t-il pas à même, plus que tout autre, de tracer à grands traits et presque à coup sûr le développement progressif du régime dotal dans la législation romaine? C'est ce beau travail, digne de ses études précédentes, que nous espérons comme couronnement de son œuvre d'aujourd'hui.

Il serait injuste pourtant de laisser croire que, dans son livre actuel, l'auteur ne tienne absolument aucun compte de l'histoire des institutions qu'il analyse. Au contraire, c'est déjà faire de l'histoire que de rapprocher dans un même volume des textes d'une époque si différente que ceux d'Ulpien, de Théodose, de Justinien et des Basiliques. Il y a plus. Sur la *dictio dotis*, p. 4 et

[1] *Institutes de Justinien*, deuxième édition, p. 340.

[2] *Revue de législation*, t. VII, ann. 1837-1838, p. 305.

[3] *Recherches sur la condition civile et politique des femmes* depuis les Romains jusqu'à nos jours, 1843, surtout p. 30-47.

[4] *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, 1842. Voyez notamment p. 53-114.

Digitized by Google

suiv., sur la *retentio propter liberos*, p. 17 et suiv., sur le cumul de la *retentio propter liberos* et de la *retentio propter mores*, p. 24 et p. 32-37, M. Pellat expose les notions historiques que ces sujets comportent. Peut-être même abuse-t-il de l'histoire, lorsqu'aux pages 26-32 il soulève la question de savoir si les peines infligées aux époux *propter mores* frappent chacun d'eux également, et que sur cette question, par un hors-d'œuvre que l'intérêt même du problème ne justifie guère, il discute le taux de l'*unciarium fœnus*.

Tel est, avec quelques autres passages moins saillants, le tribut apporté par M. Pellat à la science historique. Mais après en avoir profité, il nous reste quelques souhaits à former.

A la première page de son livre, M. Pellat ne parle de la *manus* qu'en passant, et pour dire que tous les biens de la femme soumise à cette puissance tombaient dans le patrimoine du mari. Nous savons qu'au temps des jurisconsultes dont M. Pellat commente les textes, la *manus* était devenue rare, et que les lois de Justinien ne s'y rapportent pas directement. N'aurait-il pas été intéressant d'insister d'une manière plus expresse et avec quelques détails sur la distinction fondamentale dans la législation primitive de Rome entre le mariage avec *manus*, le mariage *strict*, comme disent les jurisconsultes allemands, et le mariage *libre* ou *mero consensu*, pour montrer quelle influence cette distinction exerçait sur le régime de l'association conjugale ? la plupart des auteurs la formulent ainsi : d'une part, sujétion absolue de la femme, *conditio liberæ servitutis* [1], confusion des patrimoines, puissance absolue du mari ; d'autre part, indépendance de la femme, séparation des patrimoines des deux époux, conservation de la dot par le mari [2]. Ils en concluent, pour l'hypothèse de la *manus*, l'impossibilité de la donation entre époux durant le mariage, et aussi celle de toute *vindicatio* ou *condictio furtiva*, que la femme serait tentée d'exercer *constante matri-*

[1] Servius, *Ad Æneid.*, liv. IV, vers 103.
[2] Laboulaye, p. 30-33; Ginoulhiac, p. 74 et 75.

Digitized by Google

monio contre son mari, à raison des choses par elle apportées [1]. Mais c'est une question controversée que celle de savoir si, au cas de *manus*, l'apport de la femme est sujet à restitution [2]. Suivant les uns, c'est seulement à la dot que la nécessité de cette restitution s'applique ; or, il n'y a dot, dans le sens juridique du mot, qu'aux deux conditions suivantes : 1° qu'un mariage existe avec séparation des patrimoines des époux; 2° que l'apport de la femme soit entouré de garanties légales particulières, et entre par une voie directe dans la fortune du mari. Si l'une de ces deux conditions manque, il n'existe de dot que dans les termes, et c'est seulement au langage de la conversation que se réfèrent les expressions *dotis nomine* de Cic., *Topic.*, c. IV, et *omnia in dotem dari* des Frag. Vatic., § 115, si fréquemment invoquées dans la controverse. D'autres auteurs, indiqués par Danz, reprochent à cette définition de la dot d'être trop étroite ; ils rappellent la phrase de Varron, *De linguâ lat.* IV, 36 : *Dos erit pecunia, si nuptiarum caussâ data...* Ils proposent des hypothèses dans lesquelles, malgré la *conventio in manum*, une constitution spéciale de dot peut avoir pour la femme un intérêt juridique. On peut ajouter qu'il est établi par Savigny [3] que l'action dotale est une action *in bonum* et *æquum concepta,* indépendante du *status*, et par conséquent accessible même aux personnes *alieni juris.* Cette observation de Rudorff sur Puchta [4], jointe aux arguments déjà produits dans le même sens, nous détermine à penser que, même au cas de *manus,* il pouvait s'agir de dot véritable sujette à restitution.

Quoi qu'il en soit de notre solution, nous n'avons hasardé les développements qu'on vient de lire, que pour attirer l'attention sur les origines historiques du régime de l'association conjugale.

[1] Puchta, *Cursus der Institutionen*, troisième volume, 1847, p. 189 et 190.

[2] Danz, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, 1840, p. 153 ; Hase, *De manu juris Romani antiquioris commentatio.* Halle, 1847.

[3] *System des hentigen römischen Rechts*, 1840-1847, tome deuxième, p. 115. M. Pellat reproduit ce caractère de l'action dotale, p. 50.

[4] *Opere citato,* p. 180, note *a*.

Digitized by Google

Les traditions se perdent difficilement chez les peuples, surtout quand elles touchent aux plus graves intérêts des familles; et, dans la constitution postérieure du régime dotal, telle qu'elle résulta des lois caducaires et de la législation justinienne, telle même qu'elle s'est transmise jusqu'aux Codes modernes, il apparaît plus d'une trace encore évidente de la souveraineté absolue du chef de famille sur la femme *in manu*. Nous regrettons donc qu'à propos des Fragments d'Ulpien, sinon sous les titres des Pandectes, M. Pellat n'ait pu réserver quelques pages à cette théorie.

Il est un autre point fort important de droit romain sur lequel M. Pellat ne nous semble pas non plus suffisamment explicite : c'est la question de savoir auquel des deux époux appartient, durant le mariage, la propriété des biens dotaux.

En posant cette question, nous écartons tout d'abord l'hypothèse de choses fongibles ou livrées au mari avec estimation valant vente; car dans ce cas, sans contestation possible, c'est le mari seul que les textes, comme la raison, réputent propriétaire. Mais la difficulté apparaît tout entière pour les corps certains non estimés.

La L. 75, ff. *De jure dotium*, dispose : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est... quamvis apud maritum dominium sit :* — Gaïus, comm. II, § 63, dit d'autre part : « *Dotale prædium maritus invitâ muliere... prohibetur alienare, quamvis ipsius sit.* Sur l'interprétation de ces textes, faut-il enseigner que la femme est seule propriétaire de la dot, son mari n'ayant qu'un simple droit d'usufruit avec procuration de sa femme *in rem suam?* ou qu'ils sont copropriétaires au même titre? ou que le mari a les choses dotales seulement *in bonis,* tandis que le *dominium ex jure Quiritium* en demeure à la femme? Faut-il penser, au contraire, que le mari jouit *constante matrimonio* d'une véritable propriété civile, mais qu'il reste à la femme une propriété naturelle, qui sommeille durant le mariage, pour se réveiller après qu'il sera dissous?

Chacune de ces opinions, si divergentes, a trouvé des défen-

Digitized by Google

seurs [1]. En dehors et au-dessus d'elles se produit celle de M. de Savigny [2]. Il signale la contradiction apparente que les textes semblent s'opposer, et il l'explique par le caractère d'anomalie indiqué ci-dessus comme servant de base à l'institution de la dot : « *Le « mari est propriétaire de la dot ; mais il supporte les charges du « mariage, parmi lesquelles figure en première ligne l'entretien « de la femme. Celle-ci a donc la jouissance de la dot, mais sans « action actuelle, sans autre garantie que l'ensemble des relations « établies par la vie conjugale.* » On peut dire avec raison de sa jouissance : *In facto potiùs quàm in jure consistit;* c'est uniquement en ce sens qu'il faut entendre la L. 30, C. *De jure dotium.*

Telle est aussi la doctrine que M. Pellat professe presque dans les mêmes termes, p. 48. Il la répète p. 377, bien qu'en l'embarrassant un peu par la distinction des deux domaines, qu'il avait rejetée p. 18; et il la confirme par le texte même de la L. 75, *De jure dotium.* Mais sous ce fragment, nous aurions attendu de l'érudition de l'auteur sinon une discussion, au moins l'énoncé des différents systèmes proposés par l'école allemande. Lorsqu'il s'est agi, p. 24 et p. 33-37, du cumul de la *retentio propter liberos* et de la *retentio propter mores*, M. Pellat n'a-t-il pas critiqué les opinions divergentes de quatre professeurs d'outre-Rhin ? Et lors même que, sur la question de propriété de la dot, comme sur le problème des *retentiones,* il serait contraint de *se résigner à ignorer* (p. 37), ne pense-t-il pas qu'il serait au moins aussi important dans un cas que dans l'autre, d'avoir signalé la difficulté et tenté de la résoudre ?

Nous aurions désiré encore trouver dès aujourd'hui dans l'ouvrage que nous analysons :

[1] Puchta, *Pandekten*, troisième édition, 1845, § 416, note *g* ; Ginoulhiac, *Op. cit.*, p. 73, note 3 ; Laboulaye, *Op. cit.*, p. 40 et 42 ; Savigny, *Op. cit.* tome deuxième, p. 114 ; Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, huitième édition, 1834, § 341.

[2] *Op. cit.*, trad. de Guenoux, t. II, p. 114 et 115.

Digitized by Google

1° Quelques aperçus précis, sur la théorie de l'inaliénabilité du fonds dotal, et les effets que l'aliénation de ce fonds produit soit envers le mari, soit à l'égard de la femme [1].

2° Le développement progressif de la nécessité imposée à certaines personnes de constituer des dots. M. Pellat indique, sous la L. 5, § 12, *De jure dotium*, que la constitution d'une dot au profit d'une fille était pour le père « un devoir, à l'exécution « duquel il pouvait même être contraint par le magistrat. » Sans doute il serait intéressant de rechercher comment la dot, donation purement volontaire dans l'origine, devint plus tard le caractère essentiel et nécessaire de l'union légitime ; comment l'usage établit et la loi *Julia*, *De adulteriis*, confirma cette nécessité ; quelle extension elle reçut à titre *d'officium pietatis* dans le Code de Justinien. Mais M. Pellat s'abstient de cette recherche. Pour s'y livrer, peut-être faudrait-il avoir au préalable présenté l'exégèse d'un nombre trop considérable de fragments [2].

3° Un tableau historique des phases de l'obligation de restituer la dot, soit quant aux personnes, soit quant à la quotité des objets, soit quant au mode de restitution.

Il est vrai que M. Pellat a déjà beaucoup fait à cet égard, lorsqu'il a distingué d'après leurs effets, p. 6-15 et p. 65 et suiv., les trois espèces de dot, *profectitia*, *adventitia* et *receptitia*, expliqué les *retentiones propter liberos*, *propter mores*, *propter impensas*, *propter res donatas* (voir le commentaire des frag. VI et VII d'Ulpien), et commenté le § 8 du fragment VI relatif au délai que le mari obtient pour restituer.

Mais cette restitution a-t-elle été en tout temps de règle dans la législation romaine ? Ou plutôt n'y eut-il pas une époque, celle qui précéda l'introduction du divorce, où aucune *actio rei uxoriæ* ne

[1] Thibaut, *Op. cit.*, § 82 et 341. La raison qu'il allègue contre la faculté par le mari d'attaquer l'aliénation n'est que spécieuse. *Vangerow Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*, troisième édition, 1845-1848, t. I, p. 317.

[2] Laboulaye, *Op. cit.*, p. 39 ; Ginoulhiac, *Op. cit.*, p. 68, 89 et 104 ; Vangerow, *Op. cit.*, p. 310-312.

Digitized by Google

pouvait être intentée[1]? N'est-ce pas là le sens primitif de cette formule qui commence le titre *De jure dotium* au Digeste : « *Dotis causa perpetua est* » ? Cette formule elle-même ne doit-elle pas sembler un reste de l'ancienne *manus?* Et n'est-ce pas par sa puissance traditionnelle qu'en règle générale il est défendu au mari de restituer la dot durant le mariage[2]?

D'autre part, les cas de restitution furent augmentés par la législation justinienne, au point que, lorsque le mari ne rendait pas la dot, il semblait moins la conserver que la *gagner*[3]. Les *retentiones* indiquées ci-dessus furent supprimées[4]. Quant à la restitution des fruits de la dot, on discute encore sur le véritable sens de la L. 7, § 1, ff. *Soluto matrimonio*, et pour notre part nous en connaissons quatre interprétations différentes. Enfin le délai accordé au mari pour la restitution fut limité[5].

Si nous posons ces questions ou rappelons ces modifications législatives, ce n'est pas qu'à notre avis M. Pellat eût dû leur attriber une place considérable dans son ouvrage actuel. Le but du livre d'aujourd'hui n'est certes pas d'étudier *ex professo* la marche historique du régime dotal. Mais peut-être ces points de doctrine étaient-ils d'un intérêt assez vaste et assez immédiat, pour que M. Pellat ne négligeât pas de les esquisser dès à présent. Il pouvait d'autant mieux le faire, sans détruire l'économie générale de son ouvrage, que, sous les fragments d'Ulpien, il étudie la théorie de la dot à une époque où elle offre à la science positive de nos jours un intérêt moins direct, et que d'ailleurs il ne craint pas d'ordinaire de comparer aux fragments des Pan-

[1] Aulu-Gelle, IV, 3. « Memoriæ traditum est quingentis ferè annis post Romam conditam, nullas rei uxoriæ neque actiones neque cautiones in urbe Româ aut in Latio fuisse, quia profectò nihil desiderabatur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. »

[2] D'Hauthuille, *Op. cit.*, p. 311; Vangerow, *loc. cit.*, p. 320-323.

[3] *L. unic.*, C. *De rei uxor.*, § 6; d'Hauthuille, p. 312; Vangerow, p. 327-330.

[4] Même *L. unic.*, § 5.

[5] *Ibid.*, § 7.

Digitized by Google

dectes les lois du Code et même le droit postérieur à Justinien.

Les *Textes sur la dot* sont surtout, avons-nous dit, un livre d'exégèse. Comme tels, ils laissent peu à désirer. Les qualités qui font la valeur de la méthode analytique dans l'enseignement du droit, ce sont le soin même minutieux des détails, la précision jointe à la lucidité dans la position des espèces comme dans leur solution, et surtout l'exactitude à relever sur chacun des textes que l'on commente et à critiquer les raisons de doute et de décision. Dans l'ouvrage de M. Pellat, ces qualités se réunissent et elles s'élèvent à un degré remarquable. Il ne néglige rien, car rien n'est à négliger.

Il rapproche les différentes leçons des textes ou en essaye la restitution. — Quelque problématique que semble au premier abord le système de Bluhm sur l'ordre des fragments du Digeste, il l'adopte cependant avec raison, p. 52; et dans un intérêt, trop peu compris d'ordinaire, de saine interprétation juridique, il signale, p. 131, 149, 156, les infractions à la distribution régulière de ces fragments.

Sur chacune des questions importantes, il discute les opinions qui se sont produites depuis nos maîtres du seizième siècle jusqu'à l'école allemande moderne, à laquelle les nécessités pratiques d'une législation encore flottante ont transmis la plus forte portion de leur riche héritage. A voir annoncer si fréquemment les noms scientifiques de Savigny, Warnkœnig et Vangerow, nous nous croirions encore au delà du Rhin, si nous n'avions sous les yeux la critique française de leurs doctrines qui, en les résumant avec succès, fait regretter moins vivement de ne point en écouter les auteurs.

Plusieurs théories importantes de droit sont exposées avec détails. Nous remarquons entre autres : 1° celle de la délégation, qu'il serait utile de consulter même pour l'étude du droit français (p. 164–176); 2° celle de la loi *Cincia, De donationibus,* dont les *Fragmenta Vaticana* nous ont révélé les dispositions spéciales, et que l'auteur expose en partie dans une critique de Savigny (p. 84-89 ;) 3° celle du bénéfice de compétence, où, par une révi-

Digitized by Google

sion neuve des monuments du droit sur la matière, il signale la difficulté pratique à laquelle l'inadvertance de Tribonien a condamné ce bénéfice (p. 145-149). La question grave de savoir lequel des deux époux supporte les risques de la chose dotale est discutée avec le plus grand soin sous les lois 41, § 3, et 33. Sur la question d'action en garantie du mari contre le constituant, dans le cas d'éviction, M. Pellat établit les principes contenus dans la L. 1, C. *De jure dotium* (p. 154 et 155); il suppose après Pothier que le terme *pollicitatio* y a été substitué par Tribonien à l'expression *dictio,* qu'ont dû employer les empereurs. Cette supposition est vraisemblable ; mais M. Pellat se rappelle sans doute que certaines autorités imposantes ont interprété les termes du texte *Si pollicitatio vel promissio fuerit interposita,* en ce sens que l'obligation du constituant à la garantie était subordonnée, comme celle de tout donateur ordinaire, à la promesse formelle qu'il en consentait ; peut-être eût-il été opportun de discuter cette opinion ; nous y aurions gagné sans doute une exposition intéressante de principes.

Nous craindrions de fatiguer la bienveillance du lecteur, en poussant plus loin cette sèche nomenclature des passages remarquables du livre que nous analysons. Il est du nombre des ouvrages qu'il vaut mieux feuilleter que critiquer. Sans doute, si l'on désire une synthèse générale et un enchaînement historique des textes de la dot, on se prend à regretter des lacunes, et on souhaite aussi ardemment que nous-même que l'auteur les comble bientôt. Mais, à prendre l'œuvre telle qu'il a voulu en connaissance de cause qu'elle fût publiée dès à présent, on y reconnaît une érudition soutenue, une exposition lucide, une discussion nerveuse, qualités essentielles du professeur et de l'écrivain, qui rendent les *Textes sur la dot* dignes des travaux antérieurs de M. Pellat, et les recommandent à toute personne, amie ou non du droit romain, qui veut rompre son esprit aux graves controverses de la jurisprudence.

T. Neuville,
Docteur en droit.

Digitized by Google

DE LA PHILOSOPHIE

DES

JURISCONSULTES ROMAINS.

Suum cuique tribuere.

La question que nous nous proposons d'étudier ici n'est point nouvelle, nous ne l'ignorons pas. Depuis la renaissance des études littéraires et juridiques, elle a fait l'objet des recherches de tous les commentateurs et de tous les historiens du droit romain et même du droit français. Il n'en est pas un qui n'ait consacré quelques lignes, quelques pages, voire même une dissertation *ex professo*, au stoïcisme des jurisconsultes romains.

Aussi quelques-uns penseront-ils peut-être que c'est entreprendre une œuvre tout à la fois peu intéressante et peu utile, que de soumettre à un nouvel examen une question tant de fois débattue et, depuis si longtemps, définitivement jugée.

Mais se laisser arrêter dans des recherches scientifiques par de semblables motifs, ce serait consacrer à jamais toutes les vieilles erreurs, les couvrir d'une sorte d'inviolabilité par cela seul qu'elles sont plus générales et plus vieilles. Ce serait rendre les sciences stationnaires, empêcher en elles tout progrès; car le progrès c'est la vie, et la vie ne se manifeste que par des travaux incessants qui, en permettant de contrôler les résultats déjà acquis, en amènent de nouveaux. A chaque époque, d'ailleurs, pour chaque indi-

Digitized by Google

vidu, les questions scientifiques changent d'aspect; elles se transforment en quelque sorte et s'éclairent, par cela même, d'une lumière nouvelle. Ainsi, la question qui nous occupe n'est plus à notre époque, pour nous, ce qu'elle était au seizième siècle pour Cujas et ses disciples.

Pour eux, en effet, la philosophie des jurisconsultes romains n'était qu'une question tout à fait incidente, une question de texte, qu'il s'agissait de résoudre comme toutes les questions pareilles, c'est-à-dire en groupant des fragments, en les rapprochant de citations empruntées à quelque philosophe de l'antiquité. C'est le procédé que suivit Cujas lui-même, et qui l'amena à conclure que les jurisconsultes romains étaient stoïciens : *juris auctores nostros ab stoicis fere imbutos esse* [1]; méthode et conclusions qui ont depuis servi de règle à tous les commentateurs [2]. On ne saurait en faire un reproche au moins aux anciens.

Les fragments des jurisconsultes, réunis dans les *Pan-*

[1] Cujas, *Observat.*, lib. XXVI, 40.

[2] Je ne citerai ici que les auteurs de dissertations particulières, et encore des plus importantes... Mérille, *Observat.*, I, c. VIII.—Malquyttus, *De vera non simulata philosophia jurisconsultorum.* — Galvanus, *De usufructu dissertationes variæ.* Il tire l'un de ses arguments en faveur de l'influence du stoïcisme sur le droit romain, de ce que ce fut un stoïcien, Marc-Aurèle, qu'il confond avec Caracalla, qui donna le titre de citoyen à tous les sujets de empire ! —Ramos, *Tribonianus seu errores Triboniani*, première édition de 1659. Ses recherches des textes et leurs combinaisons sont curieuses; il en conclut qu'Ulpien, Paul, Tryphoninus, Marcien sont stoïciens. — Evérard Otton, *De stoica veterum jurisconsultorum philosophia*, et *Papinianus.* — Marcov, *De sectis Sabinianorum et Proculeianorum in jure civili*, qui soutient que les jurisconsultes des deux sectes sont stoïciens.—Meister, *De philosophia veterum Romanorum stoica in doctrina de corporibus ejusque partibus*, Gœtt., 1756.— Boers, *De anthropologia veterum Romanorum quatenus stoica est*, Lugd. Bat., 1766. — Ortloff, *De l'influence de la philosophie stoïque sur le droit romain* (en allemand), Erlangen, 1797. Pour plus de détails, voir la dissertation de M. Ratien, citée plus bas.

*

Digitized by Google

dectes, avaient alors force de loi dans presque toute l'Europe, et l'on considérait leur ensemble comme un tout parfaitement homogène qu'il fallait expliquer dans toutes ses parties. Au lieu donc de décomposer l'œuvre de Justinien par l'analyse et la critique historiques, d'isoler chaque texte, de le replacer, autant que possible, dans le milieu d'où il avait été extrait, pour en saisir le sens véritable, on le traitait comme on ferait aujourd'hui d'un article de nos Codes, et l'on cherchait à expliquer une loi par une autre, comme on disait alors, un fragment de Gaïus par un fragment de Papinien, d'Ulpien ou de Paul, et *vice versa*, sans trop s'enquérir de leur origine.

Ce travail de rapprochement, de conciliation, de fusion, ou, mieux encore, de confusion des textes, au point de vue historique, n'a pas été d'ailleurs sans produire des résultats utiles. Il a, d'une part, pour le droit positif, donné naissance à des théories qui, pour n'être pas celles des Romains, ne manquent pas de tout mérite, et qui ont même passé en partie dans la science et dans la législation modernes; de l'autre, et pour la partie philosophique, il a servi de base aux travaux des jurisconsultes philosophes, Grotius et ses disciples, qui, au dix-septième siècle, fondèrent une science nouvelle, celle du droit naturel.

Mais notre œuvre n'est plus aujourd'hui celle des anciens interprètes; nous n'avons point à expliquer des textes de loi encore en vigueur, à les rapprocher, à tâcher de les concilier, pour en former un corps, un système de droit positif ou de droit naturel; la philosophie des jurisconsultes romains n'est plus pour nous qu'une question historique, qu'on ne peut résoudre qu'en rendant à chaque époque, à chaque jurisconsulte, le fragment et l'opinion qui lui sont propres.

Digitized by Google

On l'a compris depuis longtemps pour les textes du droit positif, une école même, née sur notre sol, et dont nous avons essayé de raconter ailleurs l'origine et les progrès, s'est formée pour défendre et pour appliquer l'interprétation critique et historique; mais elle a jusqu'ici borné ses recherches et ses travaux à quelques points d'histoire externe ou interne du droit romain. La partie philosophique de ce droit a été sinon complétement, au moins fort négligée. Et, peu fidèles en ceci à leur système, les disciples de l'école historique, même les plus modernes, n'ont pas craint d'accepter comme légitimes des résultats obtenus par la méthode exégétique, c'est-à-dire par des procédés d'interprétation qu'ils ont réprouvés, combattus en d'autres points, et qui ne sauraient plus être de notre temps. Admettant comme vraie cette vieille opinion qui fait des jurisconsultes romains des stoïciens, ils ont bâti là-dessus des systèmes sur l'influence du stoïcisme sur le droit romain; faisant ainsi, il est vrai, honneur à une philosophie de maximes qui n'étaient point les siennes, à un jurisconsulte d'une opinion qui appartenait à un autre, mais plus soucieux du résultat que des moyens[1].

Ce résultat, en faveur du stoïcisme des jurisconsultes romains, n'a pas d'ailleurs été reçu sans contradiction. Déjà P. Gaudentius[2] et Vico, cet esprit indépendant et peut-être

[1] C'est un reproche que nous croyons pouvoir adresser aussi aux historiens de la philosophie (Brucker, Ritter), qui, sur la foi des anciens commentateurs et de ceux qui les ont suivis, admettent comme chose hors de contestation que tous les jurisconsultes romains, sans distinction, sont stoïciens; ils ont trop aveuglément accepté, sans la contrôler, l'opinion générale; mais ils n'étaient point jurisconsultes, pas plus que les commentateurs du droit n'étaient philosophes.

[2] *De philosophiæ apud Romanos initio et progressu*, 13, 42, 43, Pisæ, 1613.

Digitized by Google

paradoxal, qui rejetait toutes les opinions reçues, l'avaient repoussé. J. G. Hoffmann[1], M. G. Pauli[2], Puttmann[3], J. M. Van Vollenhoven, le combattirent. Le premier (Hoffmann), suivi en ceci par Puttmann, en montrant que les jurisconsultes romains n'avaient point emprunté leur dialectique à la philosophie stoïcienne, et qu'ils n'avaient précisément adopté aucun système philosophique; le second, en soutenant qu'ils avaient aussi bien suivi les principes de l'Académie et des péripatéticiens que ceux du stoïcisme; Van Vollenhoven, en démontrant que les principes ou maximes que l'on prétendait venus du stoïcisme, existaient déjà dans la jurisprudence romaine avant l'apparition et l'étude de la philosophie à Rome. Sa dissertation a pour titre : *Specimen juridicum inaugurale, de exigua vi quam philosophia græca habuit in efformanda jurisprudentia romana*[4]. Le dernier travail spécial que nous connaissions sur la question, est celui du docteur Ratien, professeur à Kiel, publié dans le *Journal pour l'interprétation historique et dogmatique du droit romain*, de C. et V. Sell[5]. Après avoir analysé les travaux déjà publiés, il reprend un à un et combat tous les arguments de forme ou de fond produits en faveur du stoïcisme; et à cette question, qu'il pose lui-même, *la philosophie stoïque a-t-elle eu une influence marquée dans les écrits juridiques recueillis dans les* Pandectes *de Justinien*, il répond par un *non* absolu : trop absolu, nous le prouverons; car il refuse au stoïcisme, non pas seulement une

[1] *De dialect. veter.*, J. C., Francfort, 1735.

[2] *De utilitatibus quas attulit philosophia ad jurisprudentiam romanam*, Lips., 1753.

[3] *Interpretationes juris*, cap. II.

[4] Amstelodami, 1834.

[5] Première partie du troisième volume, page 66, 1844.

Digitized by Google

grande influence, mais toute influence sur les opinions et les décisions des jurisconsultes romains.

La question reste donc posée entre les partisans et les adversaires des deux opinions, comme elle l'était jadis : les jurisconsultes romains sont-ils stoïciens? et les moyens de la résoudre sont restés les mêmes. A des fragments qu'on prétend renfermer des principes, des maximes, des formes d'argumentation stoïciens, on répond en niant que tout cela soit philosophique et propre au stoïcisme; on ne sort pas de là.

La question nous paraît mal posée, et la méthode employée pour la résoudre, vicieuse. En effet, le stoïcisme ne fut pas la seule secte philosophique qui eût de l'autorité à Rome, et qui pût exercer de l'influence sur la jurisprudence romaine; les doctrines de l'Académie et d'Épicure, cette dernière surtout, eurent aussi de nombreux adeptes chez les Romains[1]. En admettant donc que les raisons qu'on fait valoir contre le stoïcisme fussent concluantes contre lui, elles ne sauraient rien prouver contre l'influence des autres systèmes philosophiques connus et étudiés à Rome.

Entre ces deux opinions trop absolues et trop exclusives: les jurisconsultes romains sont stoïciens; les jurisconsultes romains ne sont point stoïciens, ne sont pas même philosophes, il y a place, on le voit, pour d'autres opinions. On peut, en effet, tout en admettant, avec les uns, que les jurisconsultes romains ne sont pas stoïciens, soutenir qu'ils sont épicuriens, académiciens, que sais-je; mais on peut admettre aussi, avec les autres, que le stoïcisme a laissé des traces marquées dans les écrits des jurisconsultes, mais affirmer que les autres doctrines philosophi-

[1] Voir Cicéron, *Tuscul.*, IV, 3; Ritter, *Histoire de la philosophie*, t. IV, pag. 61 et 65; et Brucker, *Historia critica philosophiæ*, tom. I, pars II, lib. II, cap. XIII, et tom. II, period. II, pars. I, lib. I, cap. I et II.

Digitized by Google

ques y ont aussi laissé les leurs. Sans doute, une telle opinion aurait paru contradictoire et subversive aux anciens interprètes, qui ne considéraient les Pandectes que comme l'œuvre d'un seul, et qui n'étaient occupés qu'à en concilier, par les interprétations les plus ingénieuses, les textes contradictoires ou à les systématiser; mais, à première vue, et avant toute investigation, pour nous et pour tout homme non prévenu et sachant comment furent composées les Pandectes, elle est la plus vraisemblable. Comment, en effet, ne pas admettre que parmi cette foule de jurisconsultes, connus ou inconnus, dont les fragments nous restent, il n'y ait pas eu, ou soutenir qu'il n'y ait eu que des stoïciens?

En ceci, d'ailleurs, cette vraisemblance est en dehors des textes, confirmée par l'histoire, qui nous apprend qu'il y eut des jurisconsultes stoïciens et des jurisconsultes épicuriens[1]; on a soutenu aussi qu'il y en avait de chrétiens[2]. Mais tout en acceptant pour les temps anciens ces affirmations de l'histoire, on les a repoussées quant aux stoïciens, et non sans quelque raison, il faut bien le reconnaître, pour les temps postérieurs, c'est-à-dire les beaux siècles de la jurisprudence romaine; car nul ne l'ignore, pour peu qu'il ait étudié l'histoire de la philosophie à Rome à cette époque, au milieu du second et au troisième siècles de l'ère chrétienne, le stoïcisme y avait beaucoup perdu de son autorité, il était incontestablement en décadence[3]. On ne saurait toutefois en conclure qu'il ne lui restait alors aucun

[1] V. Cicero, *in Brut.*, cap. xxx. — A. Gellius, I, 22. Pomponius, L. 2, 40, D. *De origine juris*. Ritter et Brucker, *ubi suprà*.

[2] Troplong, *Influence du christianisme sur le droit romain*. — Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome*, tom. II, liv. III, chap. I.

[3] V. *infrà*.

Digitized by Google

adepte parmi les jurisconsultes. A défaut donc d'autres documents pour cette période, c'est aux fragments des jurisconsultes eux-mêmes que nous devons recourir pour décider la question, en tenant compte toutefois de ces précédents qui ne peuvent être sans importance, surtout parmi les jurisconsultes, souvent disciples les uns des autres, et conservant les doctrines de leurs prédécesseurs pour les transmettre à ceux qui leur succédaient.

Nous n'entendons pas, toutefois, en parlant de ces doctrines, qui se conservaient ainsi et passaient des uns aux autres, soutenir cette opinion qui a eu quelques partisans, que parmi les jurisconsultes les Proculéiens étaient stoïciens et les Sabiniens ne l'étaient pas. Quelques rapports de ressemblance ont bien pu exister entre quelques principes des Proculéiens et quelques points de la doctrine stoïcienne, tels que la recherche des étymologies, souvent fort inepte, et qui n'aboutit pas à grand chose, au moins dans la jurisprudence, soit dit en passant; mais pour ce qui concerne le caractère des uns et des autres, quoi qu'on en ait dit, nulle ressemblance n'existe; les Proculéiens, étant des hommes d'indépendance et de progrès, au moins tels que nous les a peints Pomponius, peut-être leur disciple, et les stoïciens ne pouvant, malgré leur fastueuse et hypocrite sagesse, surtout dans les derniers temps, être considérés comme tels. D'ailleurs nous avons des preuves plus décisives; nous montrerons bientôt un disciple de Sabinus stoïcien, et nous verrons que les doctrines sabi-

[1] Mérille, *Observat.* I, cap. VIII. Il fait d'Ulpien un stoïcien et un proculéien, à cause de ce qu'il dit, *frag.* 27, 9, D. *Ad legem Aquiliam*, que ce n'est pas une excuse dans ce cas, de dire : *que le sommeil est une chose naturelle, rem humanam et naturalem passum*, ce qu'admettaient les stoïciens, au dire de Tertullien.

Digitized by Google

viennés sont bien plus conformes au stoïcisme, sans vouloir toutefois affirmer d'une manière générale et absolue que les Sabiniens et les Sabiniens seuls aient été stoïciens.

Des renseignements fournis par l'histoire, il résulte donc, avant toute discussion des textes, que l'étude de la philosophie était liée chez les Romains à celle de la jurisprudence, et que, sinon tous, au moins plusieurs jurisconsultes étaient philosophes. Pouvait-il en être autrement? Je laisse de côté la définition de la jurisprudence dont on s'est tant servi pour prouver cette alliance des deux sciences, comme un argument inutile, pour ne pas dire mauvais, et sur lequel nous aurons plus tard à nous expliquer. Il en résulte aussi que le stoïcisme n'était pas la seule doctrine philosophique acceptée par eux. Reste maintenant à explorer les textes ou fragments qui nous ont été conservés. Nous le ferons avec une complète indépendance, n'ayant *à priori* adopté aucun système qui puisse gêner cette appréciation.

Nous ne voulons pas d'ailleurs, on le comprend, étendre notre examen et notre exploration à tous les jurisconsultes dont il nous reste quelque chose, et à tous leurs fragments. Une semblable tâche serait au-dessus de nos forces, nous le reconnaissons volontiers, par la longueur du travail et, nous le craignons bien, par sa stérilité; ce ne serait bien souvent qu'une énumération fastidieuse de noms et de qualités douteuses pour beaucoup d'entre eux. Aussi avons-nous cru devoir borner nos recherches à quatre ou cinq, les plus illustres, et ceux dont il nous restait les ouvrages ou les fragments les plus considérables et les plus nombreux. Ce point arrêté, notre choix ne pouvait être douteux, et nous devions accepter les noms que les empereurs romains eux-mêmes nous désignaient dans la loi des citations : Gaïus, Papinien, Paul, Ulpien.

Digitized by Google

Restreint à l'appréciation des principes philosophiques de ces quatre jurisconsultes, individualités puissantes, qui, appartenant à différentes époques, mais toutes du bel âge de la jurisprudence romaine, résument tout ce qu'il y a de remarquable parmi eux, notre travail nous a paru pouvoir être intitulé avec vérité : *de la Philosophie des jurisconsultes romains*, ni plus ni moins. Le sujet n'est point ainsi borné au stoïcisme, mais il paraît moins étendu que cette autre question traitée par plusieurs, influence du stoïcisme ou du christianisme sur le droit romain.

Pas n'est besoin de dire ici que dans notre examen analytique et critique des textes le premier principe qui nous dirigera sera ce principe de droit, trop souvent oublié ou méconnu, et que nous avons cru devoir par cela même choisir pour épigraphe, rendre à chacun ce qui lui appartient : *suum cuique tribuere*.

Nous espérons même, et puisse en ceci notre espoir ne pas être déçu, que ces recherches ne seront pas sans intérêt à notre époque où l'on s'occupe tant de principes sociaux. Les idées et les opinions des jurisconsultes romains, qui ont possédé à un degré si éminent cette raison, ce bon sens pratique, le maître de la vie humaine individuelle ou sociale, ne sauraient être indifférentes en semblable matière. On pourra même faire à cette occasion des rapprochements utiles sous plus d'un rapport entre ce qui est et ce qui fut, entre deux sociétés et deux législations qui, malgré l'intervalle de tant de siècles, de tant de révolutions et de tant de progrès qui les séparent, ont entre elles plus d'un point de ressemblance.

Digitized by Google

§ I. — Gaïus.

Nous n'avons point à écrire ici la vie du jurisconsulte dont nous ne savons d'ailleurs pas grand chose, mais à exposer ses idées. Il nous suffira de dire qu'il vivait sous Marc-Aurèle et jusque dans la dernière moitié du deuxième siècle; qu'il était sabinien, ainsi qu'il le reconnaît lui-même, en désignant plusieurs fois les chefs de cette secte de jurisconsultes, par ces mots *præceptores nostri;* qu'il composa plusieurs ouvrages, dont il reste bien des fragments dans les Pandectes, mais dont un seul est parvenu jusqu'à nous, sans avoir eu à subir les mutilations de Tribonien; je veux parler, on le comprend, de ses Institutes qui, malgré leurs nombreuses lacunes, forment aujourd'hui la base de l'enseignement historique du droit romain, et qui formeront en grande partie celle de nos études sur ce jurisconsulte. Elles ont servi de modèle et de principal fondement aux Institutes de Justinien, comme cet empereur le déclare lui-même, en appelant notre jurisconsulte *Gaius noster.*

Dans son commentaire premier, Gaïus pose d'abord en fait et comme résultat d'observation que tous les peuples policés sont régis en partie par un droit qui leur est propre, et en partie par un droit qui est commun à tous les hommes; le premier s'appelle *droit civil, proprium cujusque civitatis;* le second, *droit des gens, quasi quo jure omnes gentes utuntur.* Il l'appelle aussi quelquefois droit naturel (*Comm.* II, § 65), et n'admet point sous ce nom un droit commun aux hommes et aux animaux. Le premier dérive de la volonté de chaque peuple qui se l'est donné : *quod quisque populus ipse sibi jus constituit.* Le second dérive de la *ratio natura-*

Digitized by Google

lis, de la raison naturelle, de cette raison suprême et invincible fondée sur la nature des choses ou des êtres.

Cette raison naturelle est immuable, elle ne peut être changée, et il ne peut l'être lui-même, ni par aucune loi civile, ni par aucun décret du sénat. *Nec enim*, dit-il, *naturalis ratio auctoritate senatus commoveri potest*[1]. Et ailleurs, *civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*[2].

Aussi ce droit n'a-t-il pas d'autre origine et d'autre commencement que le genre humain lui-même, *et quia antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est*[3]. Il repousse donc tout état de nature ante-social.

Conforme à la *naturalis ratio*, à la nature, ce droit est nécessaire; il se trouve chez tous les peuples, et les institutions qui en dérivent sont toujours légitimes : *Quia id naturali rationi conveniens est* (*Comm.* I, § 189).

Ces principes de Gaius rappellent à notre esprit la célèbre définition de Montesquieu qui ne fait que les reproduire : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses », et celle de Grotius, *dictatum recta rationis*, qu'il applique au droit naturel, droit tellement immuable, selon lui, que Dieu lui-même ne pourrait pas le changer, parce qu'il dérive de la nature des choses. En deçà de ces deux publicistes jurisconsultes, nous trouverions encore les rédacteurs du Code civil définissant le droit : « la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature des choses » ; et ailleurs : « la raison en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes. »

Mais si nous portons nos regards au delà de Gaius, et si nous nous demandons à qui il avait emprunté ces prin-

[1] L. 3, D., *De usufructu earum rerum*.
[2] L. 8, D., *De capite minutis*.
[3] L. 1, D., *De acquirendo rerum dominio*.

Digitized by Google

cipes, la réponse ne sera point difficile. Il n'y a qu'une philosophie qui ait admis cet empire d'une raison supérieure qui gouverne toutes choses, les hommes et les dieux, et cette philosophie, c'est le stoïcisme. Sans chercher d'autres preuves, nous renverrons à la définition que Chrysippe donne de la loi, et qui se trouve reproduite dans le fragment 2, D. *De legibus*, liv. I, tit. III[1]. Le même Chrysippe repoussait toute espèce de communauté de droits entre les hommes et les animaux : *Homini nihil juris esse cum bestiis* (Cicero, *De finibus*, III, 20; *De officiis*, I, 4), que Gaïus n'admettait pas non plus, nous l'avons déjà dit.

Après avoir établi les caractères généraux du droit naturel d'après Gaïus, si nous examinons quelques-unes de ses idées relativement aux personnes, aux choses, aux obligations, nous les trouverons encore parfaitement conformes aux principes de la philosophie stoïque.

Quant aux personnes, Gaïus admet, et cela résulte nécessairement de ses principes, la légitimité de l'esclavage. L'esclavage est en effet du droit des gens, et le droit des gens dérive de la *naturalis ratio*. Voici comment il s'exprime, en parlant des droits du maître : « *In potestate itaque sunt servi dominorum, quæ quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitæ necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.* » Il parle ensuite des restrictions apportées par Antonin à cette puis-

[1] *Lex est omnium divinarum atque humanarum rerum regina. Oportet autem eam esse præsidem et bonis et malis, et principem et ducem esse; et secundum hoc, regulam esse justorum, et eorum quæ natura civilia sunt animantium, præceptricem quidem faciendorum, prohibitricem autem non faciendorum.* Et Sénèque, *De benef.*, IV, 7 : *Quid aliud est natura quam Deus et divina ratio...* Voir aussi Diogène Laërce, VII, 319 et 328.

Digitized by Google

sance absolue du maître, et il les approuve : « *et utrumque recte fit.* » Mais pourquoi? est-ce parce que le maître n'a point ce droit absolu de vie et de mort dont il vient de parler? Non. Ce droit, il le lui reconnaît; mais parce que, je le laisse parler : « *male enim nostro jure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*[1]. » Il admet donc en principe les droits du maître comme ceux du prodigue, et il compare leur trop rigoureux exercice à la prodigalité!

Toute injure, tout dommage donne lieu à une réparation à l'égard de l'offensé; s'agit-il de l'esclave, *servo autem ipsi quidem nulla injuria intelligitur fieri*; seulement, si par le mauvais traitement infligé à l'esclave on est censé avoir voulu faire injure au maître, on accorde à celui-ci une action. On peut, autrement, insulter impunément l'esclave, le frapper même du poing[2]; ce n'est qu'un esclave, ce n'est pas un homme!

Ailleurs, il dit comme la chose la plus naturelle : *Ut igitur apparet, lex servis nostris exæquat quadrupedes*[3]. Cette assimilation de la brute à l'homme, de l'homme à la brute, ne le touche point. C'est qu'aussi l'esclave n'est pas un homme, répétons-le; car nous ne saurions trop le répéter, pour qu'on ne se fasse pas une fausse idée, sur la foi de quelques

[1] *Comm.*, I, p. 52.

[2] Nous transcrivons ici en entier le passage, afin qu'il puisse être mieux apprécié (*Comm.*, III, 222) : « Servo autem ipsi quidem nulla injuria intelligitur fieri, sed domino per eum fieri videtur : non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros vel uxores injuriam pati videmur; sed ita cum quid atrocius commissum fuerit quod aperte in contumeliam domini fieri videtur, veluti si quis alienum servum verberaverit : et in hunc casum formula proponitur : *at si quis servo convicium fecerit vel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula, nec temere petenti datur.* »

[3] L. 2, D., *Ad legem Aquiliam.*

Digitized by Google

lois mal comprises, des opinions et des sentiments des jurisconsultes romains de cette époque, surtout des stoïciens. On sait, il est vrai, comment les philosophes de cette secte, le grand Caton lui-même, traitaient leurs esclaves : ce qui n'était qu'une application de leur maxime, qu'il ne faut pas être miséricordieux ni pardonner, et qu'il faut s'en tenir à la loi et ne pas la croire facilement trop rigoureuse (*Diogène Laërce*, x, 300).

Les enfants nés d'une mère esclave sont esclaves; peu importe que l'enfant ait été conçu d'une mère libre, si elle a perdu depuis sa liberté; les enfants des esclaves ne sont censés exister que du moment de leur naissance; la règle du droit civil qui fait remonter cette existence au moment de la conception ne leur est pas applicable [1]. Mais d'un autre côté Gaïus, suivant l'avis de Brutus et des stoïciens, reconnaît que le part de l'esclave ne doit point être mis au nombre des fruits, parce que la nature ayant créé tous les fruits pour l'homme, l'homme lui-même ne peut être considéré comme un fruit [2].

Quant aux choses, sa division est, quoi qu'on ait dit, toute stoïcienne. Il les divise en corporelles et incorporelles. Corporelles, celles qui peuvent être touchées; incorporelles, celles qui ne le peuvent point.

Gaïus admet parmi les modes d'acquérir la propriété, les uns du droit civil, les autres du droit des gens; pas n'est

[1] *Comm.*, I, 89. V. surtout le § 85, où, parlant de Vespasien qui réforma une disposition qui permettait à la femme esclave d'engendrer d'un homme libre des enfants libres, pourvu qu'il l'eût crue libre, et que les enfants fussent mâles, il approuve fort cet empereur d'avoir rétabli la règle du droit des gens, qui veut que mâles ou femmes, peu importe, les enfants nés d'une mère esclave soient tous esclaves.

[2] L. 28, D., *De usuris*, et L. 68, *De usufructu*, liv. VII, tit. I; et *infrà*, § 2.

Digitized by Google

besoin d'ajouter qu'il considère la propriété, dans son origine, comme dérivant du droit des gens[1].

Pour les contrats, il confond la vente avec l'échange, comme les Sabiniens ses maîtres; fidèle en ceci aux doctrines du stoïcisme, qui réprouvait l'usage de la monnaie[2]. C'est encore à Gaius qu'appartient cette maxime, que pour admettre la rescision d'un contrat formé sous l'empire de la crainte, il faut que cette crainte soit de nature à faire impression sur l'homme le plus courageux, le plus maître de lui-même : *Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinentem dicemus*[3], maxime stoïcienne s'il en fut jamais[4].

Qu'on ne pense pas, d'ailleurs, en lisant plusieurs de ces maximes, qui nous paraissent un outrage à la dignité humaine, et qui semblent être en certains points si éloignées de quelques-unes des maximes des philosophes de cette époque, notamment de Marc-Aurèle[5], que celui qui les écrivait fût un homme à part, jouissant de peu d'autorité parmi les jurisconsultes, et à l'opinion desquels on ne doit pas attacher trop d'importance. Gaius, si l'on en juge par ses œuvres, par ce que témoignent les empereurs dans la loi des citations, et Justinien dans ses Institutes, fut un des jurisconsultes les plus considérables de son époque. Ce n'est pas non plus un esprit ordinaire, soumis aveuglément à ce qui est,

[1] Voir *suprà*, et loi 1, § 2, D., *De acquirendo rerum dominio*.

[2] *Comm.*, III, 141. J'emprunte ce principe à Barbeyrac, préface sur Puffendorf.

[3] L. 8, D., *Quod metus causa*.

[4] Nous ne pousserons pas toutefois l'ardeur de nos convictions sur le stoïcisme de Gaïus jusqu'à accuser de folie, avec Everard Otton, quiconque ne les partagerait pas : « Tu um porro Gaium qui stoicum negat, hanc insaniam non sanus juret Orestes.... »

[5] Voir *infra*, § III.

et, malgré son titre de Sabinien, un conservateur quand même des vieilles traditions législatives ou scientifiques.

Il ne craint pas de blâmer, sinon la loi elle-même qui soumet les femmes à une tutelle perpétuelle, du moins les motifs qu'on en donne[1]. Dans un autre passage et sur un autre point, il blâme aussi, comme peu fondée en raison, la doctrine de ses propres maîtres[2].

Nous croyons donc pouvoir le considérer comme le vrai représentant de la jurisprudence et le véritable interprète de la législation à son époque, c'est-à-dire sous les Antonins. On voit en lui non-seulement le vrai jurisconsulte, mais le jurisconsulte philosophe ; s'il y a désaccord entre sa philosophie un peu sévère et celle de quelques-uns de ses contemporains, il ne faut en accuser que ces derniers (s'il y a toutefois à leur en faire un reproche), qui n'étaient plus que d'un stoïcisme mitigé, tandis que lui restait fidèle aux anciens préceptes de la morale stoïque. La raison en est sans doute dans la différence qui sépare la philosophie purement spéculative de la philosophie pratique et législative. Les idées nouvelles, on le conçoit, pénètrent plus facilement dans le domaine un peu vague de la spéculation que dans celui de la réalité ; car pour qu'elles soient réalisées dans la législation, il faut qu'elles soient bien arrêtées,

[1] C'est ainsi que nous croyons devoir interpréter ce passage bien connu (*Comm.*, I, 190) de Gaïus : « Feminas verò perfectæ ætatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur, nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et æquum erat eas rerum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera : mulieres enim quæ perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, sæpe etiam invitas auctor fieri à prætore cogitur. » Ceux qui pensent qu'il blâme la disposition légale ne nous paraissent pas tenir suffisamment compte des mots *et æquum erat* ; peu importe d'ailleurs à notre thèse.

[2] *Comm.*, III, 98.

généralement acceptées; mais elles sont alors l'expression la plus vraie de la civilisation.

Après le siècle des Antonins, il n'en est pas de plus fertile en grands jurisconsultes que celui de Septime et d'Alexandre Sévère, la première moitié du troisième siècle de l'ère chrétienne.

Sous Septime Sévère nous trouvons Papinien, qui, d'après les empereurs Théodose et Valentinien, l'emporte sur tous les autres; sous Alexandre Sévère, Ulpien et Paul; tous les trois, à leur époque, préfets du prétoire.

Si nous suivions rigoureusement l'ordre chronologique, nous devrions parler d'abord de Papinien; mais ses principes philosophiques ne sont pas aussi nettement dessinés, son système aussi complet et aussi bien arrêté que ceux d'Ulpien; il nous a paru, d'ailleurs, exprimer un progrès par rapport à celui-ci. C'est donc d'Ulpien que nous nous occuperons après Gaïus; on comprendra mieux, en les voyant ainsi rapprochés, les différences des deux systèmes.

§ II. — Ulpien.

Je n'ai point à raconter ici comment Ulpien, en sa qualité de préfet du prétoire, fut mêlé à la persécution contre les chrétiens. Quelque influence que la position d'un homme puisse exercer sur ses idées, elle ne nous paraît pas ici assez bien démontrée, pour que nous nous y arrêtions. Il mourut vers l'an 228.

Nous n'avons pas d'ouvrage complet d'Ulpien, comme de Gaïus. Ses *Fragments* sont fort utiles pour l'histoire du droit, mais ne peuvent être pour nous que d'un faible secours. Nous devrons donc recourir aux textes que nous a conservés Jus-

Digitized by Google

tinien, et qui sont fort nombreux, fort importants, il faut le reconnaître.

Voici comment procède Ulpien, et quelles sont les bases de son système.

Dans la loi première, au Digeste, *De justitia et jure*, fragment tiré du premier livre de ses Institutes, car il avait, comme presque tous les jurisconsultes, composé un livre élémentaire, il pose les notions préliminaires que doit avoir celui qui veut étudier la jurisprudence. Ainsi, il donne d'abord l'étymologie du mot droit, *jus*, qu'il fait dériver de *justitia*. Le contraire serait plus vrai. Il définit ensuite la science du droit, qu'il appelle, avec Celsus, *ars æqui et boni*. Or, Celsus était un des chefs des Proculéiens, ce qui ne signifie pas, bien entendu, qu'Ulpien fût attaché à cette secte de jurisconsultes ; il suivait tantôt ses principes, et tantôt ceux de la secte rivale, celle des Sabiniens. Nous verrons plus tard, d'ailleurs, si les divisions d'Ulpien s'accordent avec cette première définition.

Quelques mots encore sur les définitions que donne Ulpien de la justice et de la jurisprudence.

Justitia, dit-il, *est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. C'est encore à lui qu'appartient la célèbre définition de la jurisprudence : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi et injusti scientia.*

Ces deux définitions, empruntées à un autre ouvrage d'Ulpien, sentent le stoïcien, comme disaient les anciens commentateurs ; mais elles étaient alors tellement répandues et si généralement adoptées, que nous ne saurions trouver dans leur reproduction, de la part de notre jurisconsulte, une preuve suffisante de son stoïcisme.

Je reprends l'ordre suivi par Ulpien dans son exposition, interrompu par ces deux définitions. Après avoir défini le droit,

Digitized by Google

il trace un admirable tableau des fonctions du jurisconsulte, sur lequel nous reviendrons plus tard, et passe à la division du droit qu'il distingue en droit public, *quod ad statum rei romanæ pertinet*, et en droit privé, *quod ad singulorum utilitatem : sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim*. C'est l'utilité qui fait la base de cette première division : les choses utiles à tous sont du droit public ; les choses utiles à chacun sont du droit privé. — Parmi les premières sont compris les choses sacrées, les prêtres, les magistrats.

Le droit privé se compose, toujours d'après Ulpien, de préceptes empruntés au droit naturel, au droit des gens, au droit civil.

Cette division tripartite est de la plus haute importance ; elle est la clef du système de notre jurisconsulte, et, dans l'explication de ses fragments, ne doit jamais être perdue de vue ; d'autant plus qu'Ulpien lui reste partout fidèle, et ne confond jamais, comme Gaïus, le droit naturel, tel qu'il le conçoit et le nomme, avec le droit des gens.

Cela posé, examinons successivement ce qu'il entend par droit naturel, droit des gens, droit civil.

Le droit naturel a pour base la *nature* sensible, l'instinct commun aux hommes et aux animaux, *quod natura omnia animalia docuit*. Mais les animaux sont-ils capables de droit ? s'est-on demandé. Les stoïciens le nient de la manière la plus formelle : *Soli enim ratione utentes*, disent-ils d'après Cicéron, *natura ac lege vivunt* [1] ; de même qu'ils refusent toute communauté de droit entre les hommes et les autres animaux : *Homini nihil juris esse cum bestiis* [2]. Mais

[1] Cicero, *De naturâ deorum*.

[2] Voir plus haut, et Diogène Laërce, liv. VII, 220. Je cite la traduction latine : « Placet quoque ipsis, nihil nobis juris esse cum cæteris animan-

Ulpien affirme d'une manière non moins précise et formelle, qu'ils en sont capables; qu'un tel droit n'est point le privilége de l'humanité, mais qu'il est commun à tous les animaux qui vivent sur la terre, dans la mer, aux oiseaux même : *Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est.* Et, après avoir énuméré quelques institutions qu'il prétend appartenir à ce droit, il ajoute, revenant sur sa pensée, y insistant comme à dessein : *Videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris perita censeri.* Il serait difficile, on doit le reconnaître, de trouver des propositions plus opposées, plus contradictoires que celles de Chrysippe et d'Ulpien; et si l'on remarque que ce que dit ici ce jurisconsulte n'est point dit incidemment, en passant, mais forme la base de son système tripartite, on pourra en conclure qu'Ulpien n'était point stoïcien. Mais poursuivons.

Que comprend ce droit naturel?

D'abord l'union des sexes, *conjunctio maris et feminæ*; la procréation des enfants *liberorum procreatio*; leur éducation, *educatio*; toutes lois communes aux hommes et aux animaux.

La *liberté*,—*utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur*, — que Florentinus, jurisconsulte de la même époque, et non du commencement de l'empire, appelle une faculté naturelle, *naturalis facultas rerum*, et qui flétrit la servitude, du nom d'institution contraire à la nature :

tibus propter dissimilitudinem; quod et Chrysippus, in primo de justitia, et Possidonius, in primo de officiis, tradiderunt. » Et Cicéron, *de Finibus*, III, 19 : « Et quomodo hominum inter homines juris esse vincula putant, sic homini nihil juris esse cum bestiis. Præclarè enim Chrysippus : cætera nata esse hominum causa et deorum, et communitatis et societatis suæ; ut bestiis homines uti ad utilitatem suam possint sine injuria. »

servitus est constitutio juris gentium... *quia quis dominio alieno contra naturam subjicitur*[1]. Mais cette liberté émanant d'un droit commun aux hommes et aux autres animaux leur est commune nécessairement aussi. Il ne s'agit point ici, en effet, de cette noble faculté morale propre à l'homme, et qui s'élève au-dessus des brutes, mais de la simple liberté physique. Pour admettre une autre explication et voir, dans cette opinion de l'un ou l'autre jurisconsulte, une protestation contre l'esclavage, une recon-

[1] L. 4, D., *De statu hominum*. Nous ne saurions passer ici sous silence une dissertation de C. F. Walch, *De Florentini philosophia*, où il soutient que Florentin était stoïcien. Ses preuves sont tirées de notre loi 4, de la loi 3, *De justitia et jure*, de la loi 4, *De acquirendo rerum dominio* : de la première, parce qu'il définit la servitude de manière à faire supposer qu'il était né pauvre, et par suite stoïcien ; de la seconde, parce qu'il reconnaît une sorte de parenté entre les hommes ; de la troisième enfin, parce qu'il attribue aux animaux la faculté de sentir, quelque chose de commun avec l'homme. Il n'est pas nécessaire de remarquer que ces arguments ne prouvent rien, ou prouvent le contraire de ce que soutient Walch ; jamais les stoïciens n'ont soutenu que la servitude fût contre nature ; jamais ils n'ont reconnu le droit de parenté entre tous les hommes ; jamais ils n'ont admis quelque chose de commun entre les hommes et les animaux. Mais Ulpien admet tout cela dans son système, ce qui prouve que Florentin adopte le système d'Ulpien. C'est en effet la nature, d'après l'un et l'autre (et ce mot doit être remarqué, car il exprime la nature physique, ce n'est pas la *naturalis ratio*), qui donne le droit de défense avec la vie, qui établit une sorte de parenté entre les hommes, et qui ne veut pas que des êtres de même espèce, hommes ou animaux, s'entre-déchirent ; c'est elle enfin qui leur donne quelque chose de semblable. Ce qui prouve d'ailleurs que Florentin suit Ulpien, c'est la distinction qu'il fait dans le frag. 4, *De statu hominum*, entre le droit naturel et le droit des gens, distinction qui n'existe et qui n'est possible que dans le système d'Ulpien. Cette distinction se trouve encore reproduite dans un fragment de Tryphoninus, L. 64, D., *De condictione indebiti* : « Ut enim libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est... » Ce qui prouve que le système d'Ulpien n'est pas une singularité dans le droit romain, et qu'il eut plusieurs disciples qui l'adoptèrent.

Digitized by Google

naissance solennelle des droits de l'humanité, il faut laisser complétement de côté l'ensemble du système d'Ulpien, sa terminologie, et commettre un anachronisme de seize siècles.

L'*égalité* : — *Et cum uno naturali nomine homines appellarentur*. Et ailleurs : « Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur, non tamen *jure naturali*, quia quod ad *jus naturale* attinet, *omnes homines æquales sunt* [1]. » Qu'on ne s'y méprenne pas, je le répète ; ce n'est point aux yeux de la raison que tous les hommes sont égaux et libres, d'après Ulpien, mais par leur nature physique.

En insistant là-dessus, notre but n'est pas, on le comprend, de tâcher d'affaiblir ou d'obscurcir ces nobles droits de l'homme, existant dès le principe, mais proclamés par le christianisme seul, et pratiqués d'hier seulement dans la société ; ce serait, à notre tour, commettre cet anachronisme que nous reprochions à d'autres ; mais nous mettons en pratique notre épigraphe, en ne voulant pas qu'on fasse honneur aux jurisconsultes romains d'idées qui ne furent pas, qui ne purent être les leurs.

Le *droit de défense personnelle*. « Vim vi repellere licere Cassius scribit ; idque jus *natura* comparatur [2]. » Tous les jurisconsultes reconnaissent d'ailleurs ce droit ; seulement chacun, d'après son système, lui attribue une origine différente. Ainsi, Ulpien le fait dériver de la *nature*, et, par suite, de ce qu'il appelle droit naturel ; Gaïus lui donne pour principe la *naturalis ratio* ; « nam adversus periculum (dit-il) *naturalis ratio* permittit se defendere », et le fait

[1] L. 32, D., *De regulis juris*, et L. 12, D., *De accusationibus*, Venuleius Saturninus.

[2] L. 1, D., § 27, D., *De vi et vi armata*. Voy. aussi L. 3, D., *De justitia et jure*.

Digitized by Google

naître du droit des gens[1]. Paul, qui n'est attaché de préférence aux idées d'aucun d'eux, s'exprime d'une manière plus large : « Vim vi repellere (dit-il), *omnes leges omniaque jura permittunt*[2]. » On peut juger par ce seul exemple de l'influence des opinions philosophiques de chaque jurisconsulte, sinon sur la décision juridique, au moins sur la manière de l'expliquer. Revenons à Ulpien.

Ulpien, en admettant ce droit de nature, admet aussi dans la vie de l'humanité une période primitive qui lui correspond, c'est-à-dire, et pour parler avec les modernes, un état de nature ante-social, où tous les hommes étaient libres, indépendants, égaux, sans distinctions ni priviléges autres que ceux de la force, état semblable à celui des brutes, soumises d'ailleurs aux mêmes lois[3].

Mais à cet état de nature, toujours selon Ulpien, succède pour l'homme un autre état, l'état social, auquel correspond un nouveau droit, le droit des gens, qu'il définit : celui dont usent les nations, les sociétés humaines, et qui se distingue du droit naturel, en ce que celui-ci est commun aux hommes et aux animaux, tandis que celui-là est commun aux hommes seuls ; car les hommes seuls sont capables de faire entre eux des conventions qui modifient leur droit de nature. C'est dans cet état, et sous l'empire de ce droit

[1] L. 4, D., *Ad legem Aquiliam.*

[2] L. 45, D., *Ad legem Aquiliam.*

[3] L'existence de cette période, de cet état, selon Ulpien, nous paraît démontrée par les mots : « *Utpote cum jure naturali... cum uno nomine... postea quam*... Quæ res a jure gentium originem sumpsit ; *utpote cum* jure naturali omnes homines liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed *postea quam* jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis ; et cum uno naturali nomine homines appellarentur, jure gentium tria esse cœperunt... » L. 4, D., *De justitia et jure.*

des gens, que naissent la servitude et les distinctions entre les hommes, qui en sont la conséquence; et d'après Hermogénien (dont nous croyons pouvoir, sans être infidèle à notre système, joindre ici le fragment à celui d'Ulpien, parce qu'il le complète), que les guerres ont été introduites entre les hommes, que les nations ont été distinguées les unes des autres, que les Etats se sont formés, que la propriété a été établie, que des termes ou bornes ont été posés aux champs, que les maisons ont été construites; que sont nés le commerce, la vente, le louage et les autres contrats, sauf quelques-uns introduits par le droit civil; toutes choses qui ont été établies pour l'utilité des hommes et qui reposent sur leurs conventions.

Le droit civil n'est que la restriction ou l'extension du droit naturel ou des gens, l'un ou l'autre modifiés selon les mœurs et les besoins de chaque peuple. «Jus civile est quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, *jus proprium id est civile* facimus[2]. » Ni l'un ni l'autre n'est donc immuable, comme le prétend Gaïus.

Il est impossible de ne pas reconnaître, dans le système tripartite d'Ulpien, l'influence de la philosophie; un jurisconsulte philosophe seul a pu le concevoir; mais à quelle secte, à quelle doctrine philosophique en a-t-il emprunté les principes? Ce n'est point au stoïcisme dont les dogmes lui sont directement opposés, nous l'avons démontré; mais le stoïcisme n'était pas la seule doctrine florissante à Rome à cette époque. Depuis longtemps, l'épicuréisme y comptait de nombreux adeptes dans toutes les classes de la société,

[1] L. 5, D., *De justitia et jure.*
[2] L. 6, D., *ibidem.*

mais surtout parmi les hommes haut placés, jurisconsultes, historiens, poëtes, hommes d'état[1]. Ceux auxquels répugnait la philosophie de Zénon, et qui ne voulaient ou ne pouvaient pas encore s'élever jusqu'à la sublimité de celle du Christ, se réfugiaient dans l'épicuréisme, dont les dogmes et la morale douce et facile convenaient parfaitement à la disposition des esprits à cette époque. Aussi, et c'est un fait bien digne de remarque, tandis que toutes les anciennes doctrines philosophiques subissaient des altérations profondes, presque une véritable transformation, celle d'Épicure fut conservée dans sa pureté primitive par tous ses disciples[2]; mais aussi parmi ces derniers, quoiqu'ils fussent très-nombreux à Rome, n'en trouve-t-on qu'un très-petit nombre, surtout au deuxième et au troisième siècle de notre ère, dont le nom soit parvenu jusqu'à nous. S'ils ne changèrent rien à la doctrine du maître, pourquoi l'aurait-on conservé? On en cite cependant quelques-uns, tel que Celse, contre lequel écrivit Origène, et Lucien, l'auteur des dialogues.

Or, c'est dans la doctrine d'Épicure, telle qu'elle nous a été conservée par Lucrèce et par Horace, cet *Epicuri de grege porcum*[3], comme il s'appelle lui-même, et telle qu'elle a dû parvenir jusqu'à l'époque où vécut Ulpien, que se retrouvent la base et les principes du système de ce jurisconsulte.

Les épicuriens reconnaissent en effet, pour l'homme, un état anté-social dans lequel il vit de la vie des brutes, est soumis aux mêmes lois qu'elles, les lois de la nature. Ils ad-

[1] Brucker, *Historia critica philosophiæ*, per. I, pars II, lib. II, c. XIII, tom. I.

[2] Brucker *ibidem*, tom. II, pag. 599, 600 et 601 : Illius scholæ perpetua fuit successio, quæ, cæteris omnibus deficientibus, sola perstitit, perpetuis vicibus discipulis succedentibus.

[3] *Epistolarum* lib. I., ep. IV, v. 16.

Digitized by Google

mettent aussi qu'à cette période en succède une seconde où les besoins rapprochent les hommes, où les hommes se réunissent en sociétés, où ils se donnent des lois, qui ont pour principe et pour base leur utilité seule[1]. Ces lois, reposant sur des conventions que les hommes seuls peuvent faire, leur sont propres et ne leur sont point communes, comme celles de la nature, avec les autres animaux entre lesquels et vis-à-vis desquels de tels pactes ne sauraient exister[2].

On nous permettra de transcrire ici un passage d'Horace un peu long, il est vrai, mais trop important pour être écourté. Le poëte parle de la doctrine des stoïciens, qui veulent que tous les péchés soient égaux, et il leur pose cette question :

... Quid faciam si furtum fecerit, aut si
Prodiderit commissa fide, sponsumve negarit?
Queis paria esse fere placuit peccata, laborant,
Quum ventum ad verum est : sensus moresque repugnant,
Atque ipsa utilitas, justi prope mater et æqui.
Quum prorepserunt primis animalia terris,
Mutum et turpe pecus, glandem atque cubilia propter,
Unguibus et pugnis, dein fustibus, atque ita porro
Pugnabant armis, quæ post fabricaverat usus ;
Donec verba, quibus voces sensusque notarent,
Nominaque invenere. Dehinc absistere bello,
Oppida cœperunt munire, et ponere leges:
Neu quis fur esset, neu latro, neu quis adulter.
Nam fuit ante Helenam mulier teterrima belli
Causa; sed ignotis perierunt mortibus illi,

[1] Lucrèce : V, vers 956.

Nec commune bonum poterant spectare, nec ullis
Moribus inter se scibant nec legibus uti.

Vers. 1144.

Nam genus humanum defessum vi, colere ævum
Ex inimicitiis languebat : quo magis ipsum
Sponte sua cecidit sub leges, arctaque jura.

[2] Diogène Laerce. Liv. x.

Digitized by Google

Quos venerem incertam rapientes, more ferarum,
Viribus editior cædebat, ut in grege taurus.
Jura inventa metu injusti fatearis necesse est,
Tempora si fastosque velis evolvere mundi;
Nec natura potest justo secernere iniquum,
Dividit ut bona diversis, fugienda petendis.
(*Satir.*, I, 3, v. 96, et *Serm.*, V.)

Ce droit, nous l'avons dit, n'a pas, selon les épicuriens, d'autre base que l'utilité :

Atque ipsa utilitas, justi prope mater et æqui.

Aussi toutes les vertus qui peuvent être utiles sont-elles consacrées par eux; la bienfaisance, qui fait des obligés[1], l'amitié[2]... C'est sur le même principe que repose le système des peines et des récompenses; et si la raison, d'après eux, nous invite à la justice, à l'équité, à la bonne foi, c'est qu'elles nous procurent cette placidité, ce calme de l'esprit, qui fait le vrai bonheur, et qu'elles assurent aussi le repos de la société, d'où dépend le nôtre[3]. Pour conserver cette double tranquillité, ils conseillent de se conformer aux mœurs et aux habitudes des lieux où l'on vit; et ils arrivent ainsi, mais en partant

[1] Diogène Laërce, X.

[2] Cicero, *De finibus*, I, 20; II, 26. « Attulisti aliud humanius horum recentiorum nunquam dictum ab illo ipso (Epicuro), quod sciam; primo utilitatis causa amicum expeti, cum autem usus accessisset, tum ipsum amari propter se etiam omissâ spe voluptatis. » Cicéron constate ici une altération dans la philosophie d'Epicure, de la part de ses disciples; mais c'est la seule, quoi qu'en dise Ritter. Le même Cicéron, III, 20, parle ainsi de la doctrine stoïque sur ce point : « Minime vero probatur huic disciplinæ de qua loquor, aut amicitiam aut justitiam propter utilitates adscisci aut probari... »

[3] Nec facile est placidam ac pacatam degere vitam,
Cui violat factis, communia fœdera, pactis.
Lucrèce, V, v. 1153, et Brucker, tom. I, pag. 1313.

Digitized by Google

d'autres principes, à admettre pour la pratique de la vie sociale des préceptes presque les mêmes que ceux des stoïciens, avec cette différence toutefois qu'ils se montrent plus doux envers eux-mêmes et envers les autres [1]. C'est encore l'utilité qui, d'après eux, fait distinguer le droit en droit public et en droit privé, parce qu'il est des choses qui sont utiles au public, d'autres qui le sont seulement aux particuliers [2].

Nous ne croyons pas devoir insister sur l'affinité qui existe entre le système d'Épicure et celui d'Ulpien sur l'origine et les fondements de la société humaine et du droit ; elle nous paraît évidente : son explication de la distinction du droit en public et privé semble même littéralement copiée des maximes des épicuriens. Quant à la bienfaisance, quoiqu'il ne la regarde pas comme produisant une utilité estimable à prix d'argent, il la reconnaît utile en ce qu'elle oblige naturellement celui envers qui nous l'avons exercée à nous récompenser de ce que nous avons fait pour lui [3]. Enfin, dans le

[1] Au nombre des vertus dérivant de la justice ou ses auxiliaires, figure pour eux la miséricorde. V. *infrà*.

[2] Brucker, *ubi supra*, 110, et Diogène Laërce, x.

[3] « Nec si donaverint locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. » L. 25, 11. D., *De hæreditatis petitione*. Ce texte, inexplicable au point de vue juridique, car jamais la reconnaissance n'a été considérée comme obligation naturelle dans le sens propre du mot, s'explique parfaitement au point de vue philosophique d'Ulpien. On pourrait peut-être trouver encore quelques preuves de ce point de vue utilitaire sous lequel il envisage les choses, dans les fragments qui nous restent de lui et qui se trouvent au titre *De religiosis et sumptibus funerum*. Ainsi il ne veut pas qu'en ensevelissant les morts, on inhume avec eux des bijoux. *Quod*, dit-il, *homines simpliciores faciunt* (L. XIV, 5). Cette observation ne se référerait-elle pas à ce précepte d'Epicure qui veut que le sage ne s'occupe pas de sa sépulture, parce que tout finit avec la vie ? Ailleurs il donne cette raison toute d'utilité et point de religion, que l'*actio funeraria* a été introduite *ne insepulta cadavera jacerent*

Digitized by Google

fragment[1] dont nous avons déjà parlé, où il trace le portrait du vrai jurisconsulte, il consacre par ces mots : *Bonos non solum metu pœnarum, verum etiam prœmiorum spe efficere cupientes*, le système des épicuriens. Nul stoïcien, assurément, ne les eût écrits, car pour lui, le bien et le mal doivent être recherchés ou évités non en vue des récompenses et des peines, mais pour eux-mêmes. Il n'est pas même jusqu'aux derniers mots de ce fragment qui ne prouvent qu'Ulpien n'est point stoïcien : *Veram, nisi fallor*, dit-il des jurisconsultes, *non simulatam philosophiam affectantes*; en parlant, en effet, de cette *philosophia simulata*, il fait allusion aux reproches d'affectation et d'hypocrisie qu'on adressait alors aux disciples dégénérés de Zénon[2]. Comme ses maîtres aussi, nous le verrons bientôt, il se montre plus libéral, plus doux envers les esclaves[3], que Gaïus et les stoïciens.

Ainsi, que l'on considère son système naturaliste et sa tendance utilitaire, que l'on considère plusieurs de ses décisions avec leurs motifs, tout, même son peu de sympathie pour les stoïciens et les sarcasmes dont il les poursuivait[4],

(XII, 3). Mais il ne faut pas trop exagérer en ceci, parce que, dans d'autres passages, il semble ne plus être aussi exclusivement utilitaire.

[1] L. 1, D., *De Justitia et jure*.

[2] Voir ce que dit à ce sujet Ritter (tom. IV, pag. 165-166), de Musonius Rufus qui affectait dans son costume, ses habitudes et ses manières quelque chose d'étrange, pour vivre, selon le stoïcisme, conformément à la nature; et Brucker, *Historia critica philosophiæ*, tom. II, par. II, pars I, lib. I, cap. I et II, sect. VII, surtout § 15.

[3] « Nec in servos nimis animadversurum, miserius tamen et veniam bonorum cuidam tributurum. » Diogène Laërce, X, 275, et Brucker, tom. I, p. 1309. 67, L. 24, *Soluto matrimonio*; et 2, D., *De statu hominum*, V.

[4] 6, 7, D., *De injusto rupto irritove*... Voir *infrà*, et la manière dont il parle des philosophes et de la philosophie, comparée à celle dont il parle

Digitized by Google

nous révèle en lui un épicurien. En se reportant à l'époque où il vivait (il fut presque contemporain de Lucien), et en considérant l'influence dont jouissait encore la philosophie d'Épicure, on ne verra là rien d'extraordinaire, quelque nouvelle que paraisse notre opinion.

On nous opposera peut-être des fragments où Ulpien reproduit quelque définition stoïcienne, tels que le fragment 10, D. *De justitia et jure*, où il définit la justice, la jurisprudence, et énumère les trois préceptes de droit.

Tout cela, fût-il vraiment stoïcien, ne prouverait nullement qu'Ulpien le fût aussi; car on doit plutôt juger de ses idées par l'ensemble d'un système, surtout d'un système qui lui est propre, que par quelques définitions, comme tombées alors dans le domaine public de la jurisprudence, parce qu'elles étaient généralement admises par les jurisconsultes; mais on peut soutenir, avec quelque fondement, que tout cela n'est point propre au stoïcisme. Ainsi, si l'on rapproche la définition de la jurisprudence de ce que dit Ulpien du droit public qui consiste *in sacris, in sacerdotibus*..... [1], on ne trouvera point à ces mots *rerum divinarum*, cette portée ambitieuse qui la faisait tenir au stoïcisme en l'assimilant complétement à la philosophie. De même, si l'on recherche attentivement le sens vrai de chacun des trois préceptes de droit, on reconnaîtra qu'ils appartiennent aussi bien à la morale d'Épicure qu'à celle de Chrysippe.

Ainsi le premier, *honeste vivere*, ne signifie pas, d'après les jurisconsultes, conformer sa vie aux prescriptions de la

de la *civilis prudentia*, qu'il appelle *res sanctissima*. L. I, D., *De extraordinariis cognit.*

[1] L. I, D., *De justitia et jure.*

Digitized by Google

morale, mais seulement la conformer aux mœurs publiques. C'est en ce sens que les jurisconsultes romains entendaient l'*honestas publica*[1]; or, nous l'avons dit, ce précepte formait une des maximes des épicuriens[2].

Le second, *alterum non lædere*, littéralement, ne pas attaquer autrui dans sa personne, dans ses biens, dans ce qui est à lui enfin. Et le troisième, *suum cuique tribuere*, rendre à chacun ce qui lui est dû ou ce qui lui appartient par les lois, sont deux préceptes aussi bien épicuriens que stoïciens, car Épicure recommandait aussi à ses disciples de ne pas nuire à autrui[3].

Il ne nous serait assurément pas difficile, après avoir rattaché le système d'Ulpien à la doctrine d'Épicure, de montrer que ce système a eu des partisans parmi les publicistes modernes, qui ont admis aussi un état de nature anté-social, et pour fondement du droit l'utilité seule, ou les conventions entre les hommes. Mais nous croyons qu'il est inutile d'insister sur ce point, et qu'il convient mieux à notre sujet de montrer les conséquences juridiques du système d'Ulpien.

Qu'on ne pense pas, en effet, avec quelques commentateurs ou historiens du droit romain[4], qu'un tel système est purement philosophique et n'a pas de conséquences pratiques; que c'est une singularité[5], un hors-d'œuvre dans le droit romain. Ces conséquences se révèlent par rap-

[1] L. 42, D., *De ritu nuptiarum*, 197 et 144. D., *De regulis juris*. Paul, *Sentent.*, v, 4, 20.

[2] Diogène Laërce, x, où il dit qu'on ne peut vivre heureux qu'en vivant *prudemment* et *honnêtement*, c'est-à-dire selon les convenances.

[3] *Idem, ibidem.*

[4] Savigny, *System des heutigen Römischen rechts*, b, I, 413.

[5] Voir *suprà*, page 342, note 1, où nous avons prouvé que d'autres jurisconsultes ont suivi le système d'Ulpien.

Digitized by Google

port aux esclaves; car Ulpien accorde à l'esclave tous les droits de la nature, en lui refusant ceux qui dérivent du droit civil.

« *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet omnes homines æquales sunt*[1]. » Aussi, tout en comparant l'esclavage à la mort[2], au point de vue du droit civil, admet-il pour l'esclave la vie physique et la jouissance de certains droits qui lui sont attachés.

Ainsi, il lui reconnaît, outre les droits énumérés ci-dessus, celui de parenté naturelle dérivant du *contubernium*[3]. Ce droit, douteux, à ce qu'il paraît, dans les temps antérieurs, était d'ailleurs généralement admis à cette époque par les jurisconsultes, quoiqu'il ne fût pas reconnu par les lois. Mais en vertu de ce droit de la nature, il ne considère pour l'enfant de l'esclave que le moment de la naissance, et non celui de la conception, la maxime qui répute né l'enfant seulement conçu étant du droit civil, qu'on ne peut lui appliquer[4].

Il lui reconnaît encore le droit d'obliger les autres naturellement vis-à-vis de lui et de s'obliger à leur égard : *Ex contractibus quidem civiliter non obligantur; sed naturaliter et obligantur et obligant*[5]. L'esclave, en effet, si l'on considère

[1] L. 32, D., *De regulis juris*, et L. 22, D., *ibidem*.

[2] Servitutem mortalitati ferè comparamus (L. 209, D., *ibid.*), et servitus morti assimilatur. 59, D., *De condit. et demonstrationibus*.

[3] L. 4, § 3, D., *De in jus vocando :* Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute liberos susceperunt; et L. 3, D., *De liberali causâ*. Dans le premier de ces deux fragments, il rapporte seulement l'opinion de Labéon, mais dans le second il l'approuve, tout en l'appliquant à un autre cas.

[4] *Fragmenta*, v, 10. Voir aussi la loi 48, 5, D., *De furtis*, combinée avec la loi 10, *De usucapion*.

[5] L. 14, D., *De obligationibus et actionibus;* et Tryphoninus, L. 64, D., *De condictione indebiti*.

Digitized by Google

sa nature seule, est aussi capable de faire des conventions qu'un homme libre, et c'est même là ce qui le distingue des animaux, comme disaient les épicuriens.

Ainsi, il lui accorde une réparation pour le dommage qui lui a été causé ou pour les mauvais traitements qu'il a subis, quoiqu'ils n'aient pas été commis, ainsi que l'exige Gaïus, dans l'intention de nuire au maître : *Si verò non ad suggillationem domini id fecit, ipsi servo facta injuria, inulta à prætore relinqui non debuit; maxime si verberibus vel quæstione fieret*[1]. Mais la raison qu'il en donne mérite d'être remarquée : *hanc enim*, dit-il, *et servum sentire palam est.* Elle n'est point tirée de la dignité humaine, non, mais de la nature physique et sensible de l'esclave : *hanc enim et servum sentire palam est*; raison parfaitement en rapport avec le système général de notre jurisconsulte, et bien digne d'un épicurien. Et s'il accorde au maître, non à l'esclave, bien entendu, l'*actio injuriarum* pour des faits autres que des *mauvais* traitements physiques, c'est à cause du dommage que la dépréciation de l'esclave peut causer au maître[2]. Toutefois, il faut bien le reconnaître, il accorde plus facilement cette action que Gaïus[3].

C'est encore en vertu du même droit de la nature qu'il accorde à l'esclave le droit de sévir sur son corps : *licet enim etiam servis naturaliter in corpus suum sævire*[4]. Mais l'esclave peut-il se suicider ? Oui, d'après le principe précédent, aux yeux du droit naturel. Mais voici quel était, au point de vue du droit civil, l'intérêt de la question :

[1] L. 15, § 35, D., *De injuriis et famosis libellis.*

[2] L. 15, *ubi supra*, 44.

[3] Ainsi il l'accorde si l'on a seulement frappé l'esclave du poing; interprétant largement le mot *verberare* de l'édit, auquel s'en tient strictement Gaius qui, nous l'avons déjà vu, la refuse. Même loi, 40. V. *infra*.

[4] L. 9, 7, D., *De peculio.*

Digitized by Google

Les stoïciens admettaient, comme chacun sait, le suicide; exaltaient le courage de l'homme qui, fatigué de la vie, l'abandonnait volontairement[1]. Le fondateur du stoïcisme et ses plus illustres disciples chez les Romains en avaient donné l'exemple.

Aussi les jurisconsultes romains, les empereurs eux-mêmes, imbus de ces maximes, sinon directement, du moins parce qu'elles étaient comme passées dans les mœurs, ne faisaient-ils nulle difficulté d'en reconnaître la légitimité, pourvu toutefois que le suicide n'eût pas lieu pour éviter une peine.

On distinguait, en effet, entre celui qui se suicidait en vue d'une condamnation imminente, et qui par sa mort même se reconnaissait coupable, et celui qui se donnait la mort en philosophe. Le premier encourait la confiscation de ses biens, et son testament devenait inutile. Le second, au contraire, mourait dans l'intégrité de ses droits.

Cette distinction, admise par Hadrien pour les militaires, par Antonin pour tous les citoyens[2], est consacrée par Ulpien dans le passage suivant[3] : « Nam eorum qui mori magis quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita constituuntur; quod si quis tædio vitæ, vel valetudinis adversæ impatientiâ, vel *jactatione ut quidam philosophi* mortem sibi consciverint, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant. » De ce passage, qui reproduit un point de législation, et surtout de ce qu'il dit de peu

[1] « At sæpe officium est sapientis discedere à vita, quum sit beatissimus si id opportune facere possit : quod est convenienter naturæ vivere. » Cicéron, *de finibus bonorum et malorum*, III, 19. Diogène Laerce, VII, 324. Epictète, *Dissert.*, I, 29; III, 24.

[2] L. 34, D., *De testamento militis*. 6, § 7, D., *De re militari*. 45, *De jure fisci*. 1, § 22, *De s. c. Silaniano*. 3, *De bonis eorum qui ante sententiam*.

[3] L. 6, § 7. D., *De injusto rupto irritove facto testamento*.

Digitized by Google

flatteur pour les philosophes, qu'il ait voulu ou non faire allusion à la mort de Pérégrinus, on ne saurait assurément conclure qu'il fût stoïcien.

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, le suicide de l'homme libre était légitime; la philosophie le justifiait, l'exaltait, et la jurisprudence le consacrait. Mais l'esclave n'était pas considéré comme un homme dans la législation; son suicide était-il justifiable? Sans doute une telle question ne pouvait se présenter pour la confiscation de ses biens, s'il s'était rendu coupable de quelque crime; mais l'esclave étant, comme les bêtes de somme, les animaux domestiques auxquels il était assimilé, objet de commerce, on avait admis pour lui comme pour eux des cas de rédhibition, c'est-à-dire que, lorsque l'esclave ou l'animal acheté était atteint d'un vice, dit rédhibitoire, l'acheteur pouvait demander la rescision de la vente et la restitution du prix payé.

Ce n'est point ici le lieu, sans doute, de dérouler le triste tableau des infirmités humaines qui donnent lieu à la rédhibition; on le trouvera dans un titre spécial du Digeste [1], où chacune d'elles est minutieusement établie, discutée dans tous ses détails, où l'homme est à chaque ligne accolé à la brute; tableau affligeant pour la dignité humaine, qu'il est bon pourtant de signaler.

C'est à propos de ces vices rédhibitoires que les jurisconsultes se demandent si le suicide est un cas de rédhibition. Si l'on traite l'esclave comme un homme, on devra faire pour lui dans ce cas la distinction que nous exposions plus haut à propos des condamnés. Elle est faite par Paul [2] qui

[1] *De ædilitio edicto et de redhibitione, et quanti minoris*, XXI, 1.

[2] L. 43, D. § 4. « Mortis consciscendæ causa sibi facit, qui propter nequitiam malosque mores, flagitiumve aliquod admissum, mortem sibi consciscere voluit; non si, dolorem corporis non sustinendo, id fecerit. »

Digitized by Google

examine si l'esclave s'est suicidé par méchanceté, par mauvaises mœurs, par suite de quelque crime et pour éviter la peine ; ou s'il s'est suicidé poussé par la douleur à quitter la vie. Dans le premier cas, il y a lieu à rédhibition ; dans le second cas, le suicide est justifiable, légitime : elle n'est point admise.

Mais ce n'est point Ulpien qui assimile ainsi l'esclave à l'homme en cette circonstance, lui qui proclamait naguère que, par le droit de nature, tous les hommes sont libres et égaux. Pour lui, l'esclave qui s'est donné la mort n'a pu avoir, comme l'homme libre, un noble motif, un motif excusable, légitime de quitter la vie ; c'est un mauvais esclave dont la nature perverse et dangereuse s'est révélée par un tel acte[1] : « *Malus servus* creditus est qui aliquid facit quo magis se rebus humanis extrahat ; ut puta laqueum torsit, sive medicamentum pro veneno bibit, præcipitemve ex alto miserit, aliudve quid fecerit, quo facto speravit mortem perventuram ; *tanquam non nihil in alium ausurus qui hoc adversus se ausus est.* » Et cependant, il déclare ailleurs que l'esclave, par le droit de nature, peut se blesser, se tuer même. Il est vrai que la question juridique n'est plus ici la même[2] ; mais la philosophie d'Ulpien, son humanité

[1] L. 23, § 3, D. *ibid.*

[2] L. 9, § 7, *De peculio.*—Nous reproduisons ici en entier le texte de ce paragraphe : « Si ipse servus sese vulneravit, non debet suo damnum deducere (dominus) : non magis quam si se occiderit vel præcipitaverit ; licet enim etiam servis naturaliter in corpus suum sævire. » Il s'agissait dans ce cas de savoir si le maître pourrait retenir ou prélever sur le pécule, à l'encontre des créanciers, la valeur du dommage que, par un semblable fait, l'esclave lui aurait causé ; et le jurisconsulte répond négativement, parce que, quoique l'esclave ait causé un dommage à son maître en diminuant ou même en anéantissant complétement sa valeur par rapport à lui, comme il était maître de son corps par le droit naturel, on ne peut considérer le préjudice qu'il cause par là au maître, comme semblable à celui qu'il lui aurait

Digitized by Google

même à l'égard des esclaves, n'ont rien de digne et d'élevé, comme nous l'avons déjà remarqué à l'occasion d'autres textes; et si l'on trouve dans ses fragments quelques décisions plus bienveillantes que celles de Gaïus, elles sont inspirées par un naturalisme grossier qui afflige, qui blesse notre dignité humaine; aussi, tout en reconnaissant qu'il y a progrès de Gaïus à Ulpien, nous ne saurions l'attribuer à l'influence toujours croissante de cette morale et de cette philosophie sublimes qui seules devaient relever l'humanité, et nous ne pouvons découvrir ici que l'influence de la doctrine d'Épicure, qui se révèle d'ailleurs par les appels fréquents, presque continus que fait le jurisconsulte *à la nature;* doctrine plus douce, on le sait, en ce point comme en tous les autres, que celle de Zénon.

§ III. — Papinien et Paul.

Nous réunissons ici ces deux jurisconsultes, parce qu'ils nous ont paru avoir à peu près le même système philosophique, et que Paul peut, avec quelque raison, être associé à Papinien dont il fut l'assesseur, et sur les ouvrages duquel il composa des notes pour l'expliquer ou le combattre, peu importe. En présence, d'ailleurs, du petit nombre de fragments relatifs à notre sujet qui nous restent de ces deux jurisconsultes, cette réunion nous a paru nécessaire. En les complétant ainsi l'un par l'autre, on peut avoir une idée assez exacte de leur opinion sur les fondements du droit et de leurs tendances philosophiques; ce qui serait impossible si on les considérait isolément.

causé par la diminution de ses autres biens... Ulpien semble également se contredire dans un autre passage où, parlant de l'action de la loi Aquilia, il dit: « Liber homo utilem Aquiliæ habet actionem; directam autem non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. » L. 13, D. *Ad legem Aquiliam*. Mais ici encore l'hypothèse n'est plus la même.

Digitized by Google

Leur système, peut-être moins philosophique que celui de Gaïus et que celui d'Ulpien, se distingue d'eux assez nettement : ce n'est ni le rationalisme de l'un, ni le naturalisme de l'autre. Ainsi, Paul et Papinien assignent pour fondement au droit, l'*Équité*.

Paul définit le droit naturel : ce qui est toujours équitable, toujours bon; *quod semper æquum et bonum est, jus dicitur; ut est jus naturale*[1]; et Papinien, parlant de l'obligation naturelle, dit qu'elle a pour base le lien d'équité[2].

Paul confond d'ailleurs le droit naturel et le droit des gens, il ne les distingue point l'un de l'autre comme Ulpien. *Is natura debet*, dit-il, *quem jure gentium dare oportet*[3].

Quant au droit civil, c'est celui qui, dans une cité, est établi dans l'intérêt de tous les citoyens ou de plusieurs seulement : *Quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile*[4].

En toutes choses, mais surtout dans le droit, dit Paul, il faut considérer l'équité[5] : *In omnibus, maxime tamen in jure, æquitas semper spectanda est.* C'est elle qui supplée le droit écrit et qui doit en tempérer la rigueur[6].

Prenant l'équité pour base de leurs décisions, ces deux jurisconsultes se montrent moins rigoureux dans l'exercice du droit que les stoïciens. Ils inclinent toujours vers la déci-

[1] L. 11, D., *De justitia et jure.*

[2] L. 95, 4, D., *De solutionibus.*

[3] L. 84, D., *De regulis juris.*

[4] L. 11, D., *De justitia et jure.*

[5] L. 90, D., *De regulis juris.*

[6] Papinien : Quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium. L. 13, D., *De testibus.*—*Hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiatur.* Paul., L. 2, 5, D., *De aquâ et aquæ pluviæ.*— Quotiens æquitas, aut desiderii naturalis ratio, aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est. L. 85, 2, D., *De regulis juris.* Paul.

Digitized by Google

sion la plus bienveillante : *Rapienda occasio est quæ præbet benignius responsum*, s'écrie Paul, peignant par ces expressions la tendance de son esprit[1].

Aussi se montre-t-il plus favorable à la liberté : la liberté, cette chose inestimable, comme il l'appelle[2], plus doux, plus humain envers les esclaves.

Ainsi, il leur reconnaît, comme Papinien lui-même, quelque chose de la dignité humaine. Et, tandis que l'un déclare que l'esclave peut avoir les mêmes sentiments que l'homme libre[3], l'autre s'exprime ainsi à son égard : *Cum beneficio adfici hominem hominis intersit*[4]. Belle maxime assurément lorsqu'on l'applique entre hommes libres, mais plus belle encore lorsqu'on l'applique de l'homme libre à l'esclave ; car, en même temps qu'elle renferme un sentiment généreux, elle renferme une pensée libérale d'égalité.

Ainsi encore, Paul décide, contrairement à Ulpien et à Gaïus, que l'enfant conçu d'une mère libre, mais né d'une mère esclave, ou d'une mère même esclave à ces deux époques, mais libre un seul moment de la grossesse, a droit à la liberté : *media enim tempora libertati prodesse, non etiam nocere possunt*[5].

Il admet pour l'esclave une parenté, une affinité naturelles, qui produisent pour lui les mêmes conséquences que pour l'homme libre, des empêchements de mariage[6].

[1] L. 168, D., *De regulis juris*, et L. 155, *ibid.* : In pœnalibus causis benignius interpretandum.

[2] LL. 106, 176, 1 ; 179, D., *De regulis juris*, et *Sent.*, lib. v, 1, 1.

[3] *Ubi suprà*, page 356 et note 2.

[4] L. 7, D., *De servis exportandis*. Quod si, ne pœnæ causa exportaretur convenit, etiam *affectionis ratione* recte agetur. Nec videatur hæc inter se contraria, *cum beneficio adfici hominem hominis intersit*.

[5] Pauli *Sentent.*, II, 24, 1 ; et Marcien, L. 5, D., *De statu hominum*.

[6] L. 14, *De ritu nuptiarum*.

Digitized by Google

L'inceste est d'ailleurs pour Paul, comme pour Papinien, un crime contre le droit des gens, ou contre le droit naturel, qui n'admet pas pour excuse l'ignorance de droit [1].

Mais ils ne soumettent pas aux peines de la loi Julia la violation du *contubernium* comme celle du mariage. La législation ne le permettait pas, elle n'accordait l'action en accusation d'adultère qu'à l'homme libre. Toutefois, l'adultère peut donner lieu, en faveur de l'esclave, à une action en dommages (*legis Aquiliæ* ou *injuriarum*) [2].

Paul reconnaît aussi à l'esclave le droit de s'obliger ou d'obliger naturellement les autres vis-à-vis de lui. Il lui accorde ainsi, comme cela résulte également de ce qui précède, la communication du droit des gens, ne lui refusant, à peu près, que ce qui est du droit civil. C'est en ce sens qu'il dit : *Servile caput nullum jus habet ; ideo nec minui potest* [3].

Enfin, ce qui nous paraît surtout remarquable dans les opinions de nos deux jurisconsultes, c'est qu'étant plus humains, ils sont en même temps plus moraux, plus religieux.

Nous rappellerons, à ce sujet, ce beau fragment de Papinien : « Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt; nec facere nos posse credendum est [4] »; et la distinction que fait Paul entre le licite et l'honnête.

S'agit-il du droit qu'on a d'ensevelir un mort dans un lieu qui nous appartient en commun avec un autre, voici comment Papinien s'exprime pour le lui accorder : « Nam, præter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus, quæ nunquam in am-

[1] L. ult., D., *De ritu nuptiarum*. 38, 2, D., *Ad legem Juliam*. 5, D., *De condictione sine causâ*.

[2] Papinien, L. 6, D., *Ad legem Juliam de adulteriis*. Paul. *Sent.*, II, 26, 16, et I, 13, 6. L. 24, cod. *Ad legem Juliam*. Dioclétien et Maximien.

[3] L. 8, 1, D., *De capite minutis*.

[4] L. 15, D., *De conditionibus et demonstrationibus*.

Digitized by Google

biguis religionum quæstionibus omitti solet; *nam summam esse rationem quæ pro religione facit*[1]. »

Nous nous bornerons à cette esquisse de ce que nous avons cru pouvoir appeler le système de nos deux jurisconsultes; non pas que nous ayons voulu dire que les autres ne donnent aucune place à l'équité[2], ni qu'eux-mêmes n'admettent jamais la raison naturelle comme motif de décider[3]; mais seulement que l'équité forme le fond de leur système, la base et le caractère principal de leurs décisions. N'oublions point d'ailleurs que l'un d'eux scella ce système de son sang.

Nous pourrions rattacher aussi par lui Papinien et Paul à quelques-uns de leurs devanciers, notamment à Pomponius, qui se montre aussi partisan de cette équité, humain envers les esclaves, moral, religieux[4]; peut-être même à une secte de jurisconsultes; mais nous préférons ne pas insister sur des points de ressemblance souvent trompeurs, et rechercher si, dans les doctrines philosophiques alors en crédit à Rome, il n'en est pas quelqu'une dont ils aient subi l'influence.

Leurs tendances équitables, humaines, religieuses sont, incontestablement, celles de leur époque : tendances qui, après avoir transformé le vieux stoïcisme lui-même, devaient influer plus tard sur la jurisprudence et sur la législation.

Existât-il donc quelque rapport entre les tendances de nos jurisconsultes et quelques maximes des nouveaux stoï-

[1] L. 43, D., *De religiosis et sumptibus funerum*. Voy. aussi L. 40, où Paul, parlant des tombeaux, dit que le lieu où l'on a enseveli un cadavre ne devient religieux qu'autant qu'on a voulu comme en faire une demeure éternelle.

[2] LL. 21, D., *De interrogationibus*. 1, 1, D., *Si is qui testamento*. 4, 1, *De eo quod certo loco*. Ulpien.

[3] Fr. 7, D., *De bonis damnatorum*. Paul.

[4] L. 14, D., *De condictione indebiti*. L. 8, D., *De ritu nuptiarum*. L. 2, *De justitia et jure*.

Digitized by Google

ciens, qui n'avaient déjà plus de stoïcien que le nom[1]; ce n'est point au stoïcisme que l'on devrait en faire honneur, mais aux doctrines supérieures qui le pénétraient et l'envahissaient lui-même; car, pour le stoïcisme proprement dit, rien n'est plus directement opposé que ses préceptes à la douceur, à l'humanité, à cette équité plutôt de sentiment que de raison, qui doit tempérer les rigueurs du droit écrit. Qu'on en juge, je traduis leurs maximes, que nous a conservées Diogène Laërce[2].

« Il ne faut point être miséricordieux, ni pardonner à personne; il faut s'en tenir, pour les châtiments, à ce que prescrivent les lois, et ne point croire qu'elles sont trop rigoureuses; car l'indulgence, la miséricorde, et cette équité dans les châtiments, qui ressemble à la bonté, ne sont en réalité dans l'esprit de personne »; ne sont point approuvées par la raison.

Que Sénèque ait cherché plus tard à expliquer ces maximes des maîtres dans un sens moins égoïste et moins odieux; il n'était plus dans leur esprit[3]. Épictète, lui-même, ne prêche-t-il pas, d'ailleurs, l'égoïsme d'une manière qui nous révolte, lorsqu'il dit que nous ne devons nous soucier que de nous-mêmes[4]; parents, enfants, père, patrie, peu importe[5]; on doit plutôt songer à son bien qu'à celui d'autrui[6]; telle est la vraie sagesse. Toutefois, Épictète veut bien faire cette concession à nos rapports naturels et sociaux dans le monde, que de recommander de remplir extérieurement nos

[1] Ritter, *Histoire de la philosophie*, liv. XII, chapitre III (tome IV).
[2] Livre VII, 300.
[3] *De clementia*, II, 6 et 7. On sait dans quel discrédit est tombé Sénèque, ce déclamateur philosophe plutôt que moraliste sincère.
[4] *Manuel*, 14.
[5] *Dissertat.* I, 15, 22; III, 3.
[6] *Manuel*, 24.

Digitized by Google

devoirs de fils, de frère, de père, de citoyen, tout en conservant nos sentiments de philosophie[1]. C'est une affaire de convenance sociale, et voilà tout. Marc-Aurèle, tout en acceptant, en ceci, la doctrine d'Épictète, veut pourtant qu'on fasse une exception à cette maxime : qu'on ne doit point s'occuper des autres, pour ce qui regarde l'utilité commune et pour ceux qui sont appelés par leur génie à gouverner les autres hommes[2].

Qu'importe, après cela, que l'un et l'autre prescrivent à ce philosophe enveloppé dans son égoïsme, ne considérant que lui seul, rapportant tout à lui, de ne pas faire de mal à son ennemi[3], ou d'avoir de l'indulgence pour ceux qui pèchent[4]? Leurs maximes ne partent point d'un sentiment de charité indigne du philosophe, mais de celui de la supériorité de son orgueil. C'est ainsi que, fidèles au principe du stoïcisme, ils lui rattachent des préceptes qui ne viennent pas, qui ne peuvent pas venir de lui. Toutefois, il y a en eux une élévation religieuse que nous ne saurions méconnaître. Mais cela doit-il nous suffire pour que nous rangions nos deux jurisconsultes, après cette digression un peu longue, mais qu'on nous pardonnera, nous l'espérons, en faveur du sujet, au nombre des stoïciens sinon anciens, au moins nouveaux? Non sans doute, car les analogies sont trop peu importantes, et s'expliquent d'ailleurs par d'autres causes que le stoïcisme de Papinien et de Paul.

Ferons-nous alors de nos deux jurisconsultes des épicuriens? Pas davantage; car jamais les épicuriens, tout en étant plus modérés, plus doux que les stoïciens, n'ont fait

[1] *Dissertat.* III, 2; *Manuel*, 32.
[2] Marc Antonin, III, 4, 5; IX, 29.
[3] Stob. *Sermon.*, XX, 61; *Dissert.*, I, 18.
[4] *Manuel*, 16.

Digitized by Google

reposer le droit sur l'équité; cette base adoptée par Paul et Papinien est assurément trop éloignée de l'utilité pour que nous puissions les confondre.

Il ne reste plus que le christianisme qui, par la diffusion de ses doctrines à cette époque, ait pu exercer sur nos jurisconsultes l'influence que nous refusons au stoïcisme et à l'épicuréisme, à moins toutefois qu'on ne veuille les rattacher aux néoplatoniciens, aux éclectiques, qui fleurirent vers cette époque, c'est-à-dire bien avant la naissance de l'école d'Alexandrie [1]. Mais ils sont en si petit nombre, et leurs travaux ont eu si peu d'importance, même en ce qui concerne la morale, que nous ne croyons pas qu'ils aient pu avoir sur les jurisconsultes une influence marquée.

Est-ce à dire pourtant que nous voulions faire de Papinien et de Paul des jurisconsultes chrétiens? Telle n'est point notre pensée; qu'on ne s'y méprenne pas [2]. En reconnaissant l'influence des doctrines morales du christianisme sur nos jurisconsultes, nous ne prétendons pas que cette influence ait été directe; mais seulement que les idées nouvelles, ayant pénétré partout d'une manière presque insensible et latente, devaient avoir pénétré aussi dans la jurisprudence par des jurisconsultes dont elles inclinaient l'esprit vers l'équité, l'humanité, ces jurisconsultes n'étant attachés d'ailleurs à aucune secte philosophique hostile, et

[1] Ritter, *Histoire de la philosophie*, liv. XII, chap. IV. Voir aussi Brucker, *ubi suprà*.

[2] C'est en effet dans les Sentences de Paul, qui n'ont point passé, il est vrai, comme les autres ouvrages des jurisconsultes, par les mains de Tribonien, que se trouvent les seules traces que nous ayons des dispositions légales, sans doute fort nombreuses, contre les religions nouvelles et en particulier le christianisme. « Qui novas et usu vel ratione incognitas religiones inducunt, ex quibus animi hominum moveantur, honestiores deportantur, humiliores capite puniuntur. V, 21, 2. Voir aussi V, 22, 3.

Digitized by Google

par suite étant plus disposés à se laisser diriger par un esprit nouveau. Qu'on ne veuille voir là qu'une conséquence naturelle des idées générales de cette époque, on sera toujours à se demander quelle philosophie contribua à les former, et l'on ne saurait trouver une réponse satisfaisante en dehors du christianisme.

Ici se terminent nos recherches sur la philosophie des jurisconsultes romains; car nous n'avons point à nous occuper de quelques-uns d'entre eux, qui vécurent à peu près à la même époque qu'Ulpien et Paul, et qui ne furent que leurs disciples[1]. Nous avons reconnu, dans les différents systèmes de Gaïus, d'Ulpien, de Papinien et de Paul, l'influence successive, sinon simultanée, du stoïcisme, de l'épicuréisme et d'une philosophie tout à la fois plus douce et plus élevée; nous avons pu suivre ainsi la marche et le progrès des idées morales dans la jurisprudence, en rendant à chaque époque, à chaque philosophie, à chaque jurisconsulte les préceptes et les fragments qui lui appartenaient.

Toutefois, il nous paraît que notre étude ne serait pas complète, si nous ne disions quelques mots de la philosophie des jurisconsultes romains depuis Constantin, c'est-à-dire depuis que le christianisme fut proclamé religion de l'empire. Il semble, en effet, que le christianisme qui, à partir de cette époque, a exercé une influence incontestable sur la législation, ait dû l'exercer aussi sur la science du droit. Mais de Constantin à Justinien il n'y a pas de jurisconsulte dans les œuvres duquel nous puissions étudier cette influence. Il faut donc nous en tenir à ceux qui ont présidé à la composition des Pandectes et des Institutes.

Mais d'abord, ces jurisconsultes, s'il est permis de leur

[1] Voir *suprà*, § 2.

Digitized by Google

donner ce nom, avaient-ils une philosophie? Ils étaient tous, sans doute, chrétiens : ce qui ne signifie pas que dans leur œuvre ils aient, sous l'influence des doctrines nouvelles, donné naissance à un système nouveau; car soit que la science du droit eût épuisé, dans les beaux siècles de la jurisprudence, toutes les formes possibles de son alliance avec la philosophie, même chrétienne, soit qu'il ne lui restât plus assez de sève, assez de vie pour la produire sous une forme nouvelle, ils n'ont fait qu'une œuvre de confusion, rapprochant les principes empruntés à tous les systèmes, les systèmes eux-mêmes les plus opposés, et ne produisant, comme leur étant propre, que quelque chose sans nom, assez semblable à ce monstre d'Horace [1], composé de membres empruntés à tous les animaux. Toutefois, en présence de cette étrange association, et de son résultat plus étrange encore, nous ne dirons pas avec le poëte:

Spectatum admissi, risum teneatis, amici?

Nous trouverions plutôt à nous affliger de cette décadence évidente, de cette dégradation de la science du droit romain.

Et qu'on ne pense pas que nous jugeons ainsi les travaux de ces compilateurs d'après les Pandectes. Nous serions peut-être injustes; car, sauf les mutilations, les arrange-

[1] *De Art. poetica.* Tout le monde sait par cœur ces vers :

Humano capiti cervicem pictor equinam
Jungere si velit, et varias inducere plumas,
Undique collatis membris, ut turpiter atrum
Desinat in piscem mulier formosa superne,
Spectatum admissi, risum teneatis, amici?
Credite, Pisones, isti tabulæ fore librum
Persimilem, cujus, velut ægri somnia, vanæ
Fingentur species, ut nec pes, nec caput uni
Reddatur formæ.....

Digitized by Google

ments souvent bizarres des fragments, quelques interpolations, il n'y a rien là qui leur soit propre. C'est une sorte de Panthéon juridique ouvert aux restes peu entiers, il est vrai, des anciens jurisconsultes. Aussi ne devons-nous pas nous étonner d'y rencontrer côte à côte le sabinien et le proculéien, le stoïcien, l'épicurien et peut-être le chrétien. Mais c'est d'après les Institutes qu'on peut, avec plus de raison, considérer comme leur œuvre, car là, du moins, il y a du leur; nous y reconnaissons assez souvent leur main, quelques emprunts qu'ils aient faits d'ailleurs aux anciens jurisconsultes.

Or, dans les Institutes, ces *totius legitimæ scientiæ prima elementa*, comme les appelle Justinien, nous trouvons non pas seulement réunis, mais confondus les deux systèmes de Gaius et d'Ulpien. Quant à celui de Paul et de Papinien, il n'en est pas même fait mention; cependant il paraissait devoir mieux se concilier avec les idées philosophiques de cette époque; mais il n'était point exposé dans un des livres élémentaires que les rédacteurs des Institutes mettaient à contribution pour leur travail, et il dut être négligé.

Dans le titre premier, *De justitia et jure*, sont reproduites les définitions d'Ulpien, de la justice, de la jurisprudence, les trois préceptes de droit et la division du droit en droit public et en droit privé; celui-ci formé de préceptes empruntés au droit naturel, au droit des gens, au droit civil.

Dans le titre deuxième, sous cette rubrique, *De jure naturali et gentium et civili*, qui prouve, ainsi que le titre précédent, que le système tripartite d'Ulpien est admis, et que l'on doit distinguer trois sortes de droits, est reproduite encore la définition que donne Ulpien du droit naturel commun aux hommes et aux animaux; mais elle est immédiatement suivie des définitions et de la division bipartite de

Gaïus. Ainsi, après le droit naturel d'Ulpien, dérivant de la *nature*, nous avons le droit des gens de Gaïus, dérivant de la *naturalis ratio*, et enfin le droit civil, tel que le définit Gaïus; car pour celui-là, comme pour le droit des gens, les définitions d'Ulpien sont abandonnées. Mais voici encore, après un alinéa sur le mot *droit civil* d'un à-propos au moins douteux, la définition du droit des gens d'après Hermogène dont le fragment, corrigé et augmenté, est reproduit. Or, dans ce fragment, le droit des gens est dit être né, *usu exigente et humanis necessitatibus*. Juste le contraire de ce que dit Gaïus : ce qui nous fait deux espèces de droit des gens.

Ce titre se termine par le passage suivant : « Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes peræque gentes servantur, *divina quidam providentia* constituta, semper firma atque immotabilia permanent. » Ce passage, le seul qui renferme une trace du christianisme, en faisant dériver le droit naturel de la Providence divine, et qui pourrait, au besoin, servir de base à un nouveau système sur le droit naturel, ne fait qu'ajouter à la confusion. La pensée reproduite est, comme on le sait, de Gaïus; mais à quels droits naturels appliquer ce passage?

D'après ce qui précède et en s'en tenant à ce que Justinien appelle droit naturel, on doit l'appliquer à ce droit commun aux hommes et aux brutes. Mais un tel droit n'est pas immuable, car Justinien lui-même (pour ne pas dire Tribonien, Théophile et Dorothée) reconnaît, en maint endroit, que ce droit primitif a été modifié par le droit des gens; il n'est donc pas immuable.

Veut-on l'appliquer au droit des gens que Justinien ap-

Moy, § 2, *De jure naturali gentium et civili*, et Pr., *De libertinis*.

Digitized by Google

pelle aussi dans d'autres endroits droit naturel? C'est à lui, en effet, qu'il s'appliquait dans le système de Gaïus. Mais nous aurons alors deux droits naturels en présence, celui d'Ulpien et celui de Gaïus; et ce qui est mieux encore, tous les deux représentés comme existant dès le principe, *jure naturali ab initio* [1], dit-on du premier; *quod cum genere humano natura rerum prodidit* [2], est-il dit du second. Mais l'un suppose un état de nature antésocial, et l'autre suppose que cet état n'a pas existé. Comment concilier ou débrouiller tout cela? Il est vrai que le texte où Gaïus dit que le droit naturel ou droit des gens est né avec le genre humain lui-même, a été retouché. Ainsi, à la *naturalis ratio* a été substituée la *rerum natura*. Mais si l'on veut attacher quelque importance à cette modification et appliquer le passage au droit naturel d'*Ulpien*, comme ce droit est appelé aussi dans le même passage droit des gens, il en résultera une confusion inextricable entre le droit de la nature et le droit des gens, pourtant si bien distincts dans le système de ce jurisconsulte.

Que conclure de tout ceci, car nous ne saurions y insister davantage, que conclure de cette confusion de principes philosophiques et de systèmes, de ces contradictions accumulées comme à plaisir, de ces modifications ou altérations des textes primitifs qui révèlent la plus complète ignorance de leur sens véritable, sinon que les rédacteurs des Institutes non-seulement n'avaient pas de système philosophique

[1] V. 2, *De jure naturali*, et supra, *De libertinis*.

[2] 11, *De rerum divisione*. « Quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali quod, *sicut diximus* (v. 1) appellatur jus gentium. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere; palam est autem vetustius esse, naturale jus, *quod cum ipso genere humano, rerum natura prodidit;* civilia enim jura tunc cœperunt esse, cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi cœperunt.

Digitized by Google

qui leur fût propre, mais qu'ils ne comprenaient ou ne soupçonnaient pas même la philosophie des anciens jurisconsultes? Avec la meilleure volonté, on ne saurait trouver ici quelque chose qui ressemble à de la philosophie, non pas même l'éclectisme pris dans son plus mauvais sens; c'est le chaos, rien que le chaos.

Tristes conclusions, sans doute, et qui nous prouvent que si la science du droit unie à la philosophie s'éleva chez les Romains à sa plus grande hauteur, atteignit son apogée, séparée d'elle elle descendit à l'extrême période de la décadence : ce qui nous amènerait à conclure aussi que dans leur intérêt et pour leur progrès, aujourd'hui surtout, ces deux sciences doivent se prêter la main. Tels sont nos vœux.

Il est bien entendu d'ailleurs que ce que nous avons dit et conclu ne s'applique point à l'œuvre de Justinien, considérée au point de vue législatif; car s'il y a décadence incontestable pour la science, il y a progrès non moins incontestable pour la législation. Faut-il en tirer cette autre conclusion que l'une et l'autre progressent ou déclinent en raison inverse?

C. Ginoulhiac,
Docteur en droit.

Digitized by Google

DE L'ABOLITION DE LA MORT CIVILE.

Parmi les actes législatifs émanés des premiers moments de la révolution de Février 1848, il en est un, nous le croyons, destiné à survivre aux temps orageux qui lui donnèrent naissance ; c'est la suppression de l'exposition publique, admise antérieurement comme l'accessoire de la majeure partie des peines importantes consacrées par nos lois. L'expérience avait prouvé, en effet, combien l'exposition était peu favorable, et pour la morale publique en général, et pour la réformation particulière du coupable qui la subissait. Mais, si cette peine, triste legs de la rudesse de nos aïeux, a pu ainsi disparaître de nos Codes sans laisser après elle ni trace, ni regrets, devrons-nous y laisser subsister toujours une autre pénalité accessoire repoussée, elle aussi, par les saines notions du droit pénal, puisqu'elle frappe le coupable qu'elle atteint aux dépens de la moralité générale et de la dignité humaine ?

La mort civile est cette peine, dont la présence me paraît apporter une ombre importune à la lumière de civilisation et d'humanité que reflètent nos lois. Issue, comme l'exposition publique, des traditions peu éclairées du passé, elle consacre, à mon sens, une fiction injuste et impossible. Le coupable, quelque odieux que soit son crime, ne cesse pas d'être un homme. Comment, dès lors, tant qu'il conserve l'existence physique, faire peser sur sa tête une mort artificielle ; comment lui enlever équitablement l'ensemble de tous les droits inhérents à la qualité d'être humain ? Une privation aussi complète n'est-elle pas profondément immorale, puis-

Digitized by Google

qu'elle brise des liens sacrés nés du droit naturel, inaccessibles dès lors, rationnellement du moins, aux atteintes de la loi civile?

Il serait digne de la France actuelle, au moment où tant d'idées généreuses fermentent dans son sein, en présence, hélas! d'utopies si funestes, de profiter du mouvement social qui l'agite, pour abolir la mort civile. Rien de plus conforme que cette abolition aux exigences d'une sage démocratie, sous l'empire de laquelle doit sembler plus choquante encore une institution née de l'esclavage et du mépris de l'homme. Déjà en 1832, lors de la révision du Code pénal, des voix nombreuses et graves s'élevèrent contre elle au sein des Chambres législatives. Sa conservation fut due uniquement à la crainte de troubler l'économie de nos lois civiles, à l'occasion d'un simple changement apporté dans les codes criminels. Le ministère de ce temps prit l'engagement formel de présenter sur cet objet une loi complète et spéciale.

Cet engagement, toujours resté sans exécution, il convient, je crois, de le rappeler aujourd'hui. En attendant un projet officiel, qu'il nous soit permis d'apporter le faible tribut de nos études sur la mort civile. Après avoir montré son point de départ, nous essayerons d'indiquer les modifications profondes qu'il serait bon d'apporter aux incapacités diverses qu'elle entraîne avec elle. Contenues, en effet, dans de justes limites, ces incapacités, si souvent iniques actuellement, deviendraient salutaires pour l'ordre public et conformes aux prescriptions de la raison et de la justice.

L'origine de la mort civile est dans le droit de Rome ancienne parvenue à sa période de décadence, celle des derniers empereurs païens. Chez les Romains, aussi bien que chez les Grecs, l'esclavage, si plein, dans nos idées modernes,

Digitized by Google

d'injustice et de violence, fut toujours considéré comme une institution sociale essentielle dont la disparition, impossible d'ailleurs, eût laissé après elle un vide immense. Mais au temps de la République, la dignité des citoyens de Rome était trop grande, pour qu'on eût songé à infliger à l'un d'eux l'esclavage à titre de peine. Sauf un petit nombre d'exceptions très-rares où le glaive de la loi venait atteindre les coupables, l'exil de la cité semblait un châtiment suffisant pour expier les forfaits les plus odieux. Sous l'empire, il n'en fut plus ainsi. L'avilissement de la qualité de citoyen, fruit nécessaire de la servile bassesse du peuple et du sénat, produisit dans la nomenclature et la détermination des peines des effets prompts et complets. Celles-ci devinrent atroces, surtout pour les personnes d'une condition vulgaire. Continuellement, dans les textes de droit pénal écrits à cette époque, spécialement dans le cinquième livre des *Sentences de Paul*, nous voyons les citoyens de cette classe, appelés *tenuiores*, punis de la mort ou du travail des mines, tandis que, pour un délit du même genre, les hommes mieux traités de la fortune, que l'on nomme *honestiores*, en sont quittes pour une simple amende ou un exil temporaire.

La condamnation perpétuelle au travail des mines, devenue fréquente sous cette législation si peu soucieuse de respecter la dignité humaine, emporte nécessairement avec elle l'esclavage du coupable au profit de l'État. La communication du droit civil lui est refusée dès lors, comme elle doit l'être à tout autre esclave, selon le droit commun de l'antiquité païenne. C'est la chose de l'empereur; ce n'est plus une créature humaine véritable, que la loi ne saurait, sans iniquité, confondre avec la brute. Liberté, propriété, famille, tout est fini pour le condamné. Il descend en quel-

Digitized by Google

que sorte vivant dans le tombeau. L'Etat, devenu son maître, prend tous ses biens. Ses parents, son épouse, ses enfants lui deviennent étrangers; le mariage et les liens qu'il produit ne sauraient, en effet, exister pour l'esclave.

Venue ainsi du droit romain, dans lequel elle se confondait avec l'esclavage [1], la mort civile fut adoptée par l'ancien droit criminel de la France, qui, lui aussi, tendait constamment à exagérer les peines, dans le but d'arrêter, par l'intimidation, ceux qui seraient tentés de commettre des crimes. Il parut naturel d'assimiler, parmi nous, le condamné aux travaux forcés perpétuels à l'esclave public des Romains, soumis également à la nécessité de travailler pour le compte de l'Etat pendant sa vie entière.

La déchéance des droits civils frappant le condamné à perpétuité fut donc absolue. Il y eut néanmoins une exception à ce principe. Le mariage alors était régi par le droit canonique, regardant ce contrat comme une institution d'origine divine, non susceptible, par suite, de perdre ses effets par une volonté purement humaine. On admit, dès lors, que la mort civile laisserait subsister le mariage du condamné, quant à la perpétuité du lien. Mais, à côté de cet adoucissement, vint s'ajouter une rigueur nouvelle, inconnue dans le droit de l'ancienne Rome. Chez les Romains, en effet, quand l'esclave de la peine avait échappé à celle-ci

[1] Justinien, donnant aux modernes un exemple qu'il serait enfin temps de suivre, avait supprimé l'esclavage de la peine. Voici comment il s'exprime à cet égard dans la *Novelle* XXII, chap. VIII : « Nos autem hoc remittimus, et nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum; neque enim mutamus nos formam liberam in servilem statum, qui etiam dudum servientium manumissores esse festinavimus. Maneat igitur matrimonium hoc nihil ex tali decreto læsum, utpote inter liberas personas consistens. »

Digitized by Google

par un affranchissement prononcé au nom de l'Etat, il rentrait, comme tout autre affranchi, dans la plénitude de ses droits civils, au moins pour l'avenir. La jurisprudence française, au contraire, considéra la mort civile comme constituant un état permanent; elle n'admit pas que la grâce du prince ou la prescription de la peine pussent changer quelque chose aux incapacités qui pesaient sur celui qui l'avait encourue.

Lorsque nos Codes furent rédigés, le moment, il faut le reconnaître, n'était pas propice pour le triomphe de cet ordre d'idées qui nous fait envisager aujourd'hui la mort civile comme condamnée par la saine morale. Les considérations de ce genre participaient au discrédit mérité qui était venu atteindre, à cette époque, les doctrines sensualistes du dix-huitième siècle. En présence des crimes horribles qui avaient souillé la Révolution française, si pure à son aurore, une réaction très-vive s'opérait dans les esprits en faveur d'une discipline gouvernementale inflexible et sévère. On repoussait, sous le nom d'*idéologie*, et les aberrations de la raison humaine, dont les événements récents attestaient les dangers, et les nobles aspirations de cette même raison vers la justice et la vérité, dans le but de perfectionner les lois civiles.

Malgré les réclamations du Tribunat, la mort civile fut conservée dans le Code nouveau de la France, avec les effets qu'elle obtenait sous l'ancien régime. La confiscation seule des biens du condamné, au profit de l'Etat, cessa d'avoir lieu, du moins pour les crimes ordinaires [1]. Mais,

[1] On sait que le Code pénal de 1810 prononçait la confiscation des biens pour les crimes politiques les plus importants. La Charte de 1814 a complétement aboli cette peine odieuse, et la Constitution actuelle consacre une déclaration semblable dans son article 12.

Digitized by Google

comme le mariage n'était plus, aux yeux de la loi, un sacrement indissoluble, comme on n'y voyait dorénavant qu'un contrat purement légal susceptible d'être rompu par la voie du divorce, la mort civile acquit à cet égard une conséquence importante qu'elle n'avait pas autrefois. Le lien conjugal fut interdit d'une manière absolue au mort civilement, et, par suite, on déclara dissoute l'union qu'il avait précédemment contractée. De plus, par une fiction de droit dont la conception a quelque chose de singulier, et que l'ancienne jurisprudence ne connaissait pas, on appliqua la mort civile au condamné à la mort naturelle, afin que ses biens passassent exclusivement à ses héritiers légitimes, au détriment des légataires institués par son testament. A part cette hypothèse d'une condamnation capitale, le Code civil ne déterminait pas les cas où la mort civile était encourue, s'en rapportant à cet égard aux nouvelles lois criminelles dont la promulgation était attendue. L'article 18 du Code pénal est venu combler cette lacune, en attachant la mort civile à la peine des travaux forcés perpétuels et à celle de la déportation.

Les art. 25 et 33 du Code civil énumèrent avec détail les diverses facultés légales enlevées au mort civilement. Le but et le résultat de ces dispositions, c'est de priver, autant que possible, le condamné de toute communication du droit avec ses semblables, et de le réduire à une existence purement matérielle. Les seuls points de contact qu'on lui reconnaisse avec les autres hommes découlent de la nécessité des choses, plus forte que les fictions des législateurs, et ces relations si réduites, les textes évitent de les énoncer d'une manière formelle.

Quand le mort civilement est soustrait par la prescription ou par la grâce du chef de l'Etat aux conséquences

Digitized by Google

directes de la peine prononcée contre lui, il rentre dans la vie commune. Il faut bien dès lors lui permettre de pourvoir à sa subsistance. C'est par son travail qu'il se procurera les moyens de vivre; les fruits de ce travail ne sauraient, par suite, lui être refusés; de là le droit d'acheter et de vendre, celui de posséder des propriétés de toute nature.

La propriété, régie chez nous par le droit naturel, appartient donc, en ce cas, au mort civilement, au même titre qu'à tout autre. Mais sa propriété ne peut être que viagère; lorsqu'il meurt, elle ne passe pas à ses parents; elle est acquise à l'Etat par droit de déshérence. En outre, pendant la vie du mort civilement, s'il est attaqué dans sa jouissance, il ne possède qu'imparfaitement le droit sacré pourtant de se défendre en justice. La loi, qui semble ne l'admettre qu'à regret à réclamer sa protection, ne daigne pas lui reconnaître la faculté de comparaître en personne. Il faut qu'il ait recours au ministère d'un curateur spécial, de même qu'à Athènes et dans l'ancienne Rome, l'étranger qui réclamait l'appui des tribunaux nationaux était tenu de se choisir un patron parmi les citoyens.

La dureté si grande de la condition actuelle du mort civilement a pour origine, nous venons de le voir, l'esclavage de la peine, aboli par Justinien comme trop rigoureux et contraire à la dignité humaine; mais elle provient aussi, en grande partie, nous le croyons, d'une confusion regrettable entre les droits de diverse nature qui peuvent appartenir aux hommes. Cette confusion, au surplus, ne se rencontre pas seulement dans la matière qui nous occupe; elle existe également sur d'autres points, et, notamment, elle rend impossible de fixer d'une manière rationnelle, sans sortir des textes du Code, la condition civile de l'étranger résidant en France,

Digitized by Google

sans avoir obtenu l'autorisation d'y établir son domicile.

Le Code, en effet, embrasse perpétuellement, sous la dénomination commune de *droits civils*, les facultés légales de tout genre dont les hommes peuvent se trouver investis. Et, cependant, parmi ces facultés diverses, il est essentiel, à mon estime, d'en distinguer de deux sortes. Le nom de *droits civils*, à vrai dire, convient seulement aux premières. Ce sont celles qui ont leur racine dans la volonté du législateur, dont l'existence ne saurait être rapportée à la nature des choses, bien qu'elles prêtent au développement de l'harmonie sociale un précieux concours. Telles sont, pour citer des exemples, l'adoption, la légitimation, l'hypothèque légale. La loi civile, qui crée ces institutions, peut, sans arbitraire, en refuser la jouissance à l'étranger, au condamné à perpétuité, fût-il rentré depuis dans la société des autres hommes. Celui-ci, par suite de son crime, peut sembler indigne d'obtenir cette faveur. Le premier n'a, parmi nous, qu'une résidence passagère, et nos lois n'exercent sur lui qu'un empire incertain. Membre d'une nation différente, il ne saurait équitablement réclamer comme son bien les avantages formant l'apanage distinctif de la cité française.

Mais, à côté de ces facultés légales de la première espèce, il en est d'autres très-nettement distinctes, selon les notions de la raison, et pour lesquelles la qualification de *droits naturels* nous paraît seule convenir. Il est, en effet, un grand nombre de relations juridiques que la loi civile consacre, mais qu'elle ne crée pas. Issues d'une source plus haute, ces relations appartiennent au droit naturel, à cet ensemble *de droits et de devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives*, que reconnaît si formellement la Constitution de

Digitized by Google

France actuelle[1]. Tels sont le mariage, la puissance paternelle, les successions en ligne directe, la propriété et tous les droits accessoires qui dérivent de ceux-ci.

Ces droits, que j'appelle *naturels*, étant essentiels à la vie morale des hommes, il est visible, selon moi, qu'ils ne sauraient, sans injustice, être enlevés à aucun d'entre eux d'une manière absolue. L'étranger qui habite le territoire français, le coupable d'un crime grave, dès là qu'il conserve la vie naturelle, peuvent, par suite, en réclamer la communication. Ce dernier, il est vrai, lorsqu'il est condamné à une peine perpétuelle, trouvera, dans la nature même du châtiment qui pèse sur lui, un obstacle à leur exercice actuel. Mais cet obstacle ne devra pas survivre à l'application de la peine dont il est une dépendance. Le coupable, rendu à la liberté par la prescription ou par la grâce, devra reprendre, en même temps, la jouissance entière des droits naturels, sans laquelle il ne serait plus, comme cela arrive aujourd'hui, qu'une sorte de cadavre vivant.

La mort civile, qui s'oppose à ce résultat par les effets irrévocables qu'elle produit, est donc une institution contraire à la nature. Elle est en opposition manifeste avec le caractère pénitentiaire que les peines sont toutes appelées à obtenir dans la législation d'un peuple vraiment éclairé. A quoi bon le condamné à perpétuité chercherait-il, par la sagesse de sa conduite, à mériter son pardon? Tous les liens qui l'attachaient à la vie sont désormais brisés sans retour. En rentrant dans la société de ses semblables, il n'y trouverait qu'une solitude, qu'un opprobre éternels.

Abordons maintenant, avec détail, les différentes hypothèses dans lesquelles la mort civile est prononcée par nos

[1] Constitution de 1848, préambule, art. 8.

Digitized by Google

lois. Sans insister précisément sur les conséquences déplorables qu'elle amène, nous nous attacherons principalement à signaler les déchéances de création nouvelle qu'il conviendrait d'y substituer, à notre estime. Pour mieux résumer nos idées et faire voir ce qu'elles ont d'applicable, nous rédigerons, en forme de projet de loi, les innovations qui nous paraîtront désirables, à mesure qu'elles se présenteront à notre examen. Le premier article de ce projet serait ainsi conçu :

Art. 1er. « La mort civile est abolie. Les articles du Code civil et du Code pénal relatifs à la mort civile seront remplacés par les dispositions suivantes. »

Il est trois circonstances dans lesquelles il convient, selon moi, d'envisager séparément les effets attribués aujourd'hui à la mort civile. La première est celle où la mort civile devient l'accessoire de la condamnation à la mort naturelle exécutée contre un coupable ; la seconde, celle où elle accompagne les deux peines des travaux forcés à perpétuité et de la déportation, pendant leur durée. Dans la troisième, enfin, la mort civile continue de frapper le condamné qu'elle avait d'abord atteint, même après sa grâce obtenue ou la prescription accomplie.

§ 1. — *De la mort civile envisagée comme accessoire de la peine de mort prononcée contradictoirement.*

Dans ce cas, il faut en convenir, la mort civile ne saurait produire des effets véritables. Il est visible, en effet, que la peine de mort, ôtant à celui qu'elle vient atteindre l'existence physique, met un obstacle invincible à l'application des déchéances multipliées que la mort civile entraîne avec elle et qui supposent toutes une sorte de conflit entre la vie natu-

Digitized by Google

relle laissée au condamné, et la vie légale et civique dont la jouissance lui est enlevée. Cela est d'autant plus incontestable que l'art. 26 de notre Code ne fait commencer la mort civile que du jour de l'exécution du coupable. Pour que la mort civile soit alors quelque chose de sérieux, il faut donc supposer que le condamné s'évade après un arrêt prononcé contradictoirement, et que l'exécution de la peine de mort a lieu par effigie, c'est-à-dire par une simple affiche, selon les formalités prescrites par l'art. 472 du Code d'instruction criminelle.

Dans cette dernière hypothèse, il conviendrait sans doute de frapper le coupable des déchéances qui atteindraient le condamné aux travaux forcés à perpétuité, pendant qu'il subit sa peine. Mais, pour celle beaucoup plus fréquente où l'exécution à mort est effective, à quoi bon la loi prononcerait-elle des incapacités que la nature des choses repousse? Tous les effets de la peine de mort sur la capacité civile du condamné se réduisent nécessairement alors à l'annulation de ses dispositions testamentaires, aujourd'hui que la confiscation est abolie d'une manière complète. Nous proposons de conserver cette nullité fondée, comme le remarquent les commentateurs du Code, sur l'indignité du testateur, et non pas précisément sur le défaut de la vie civile[1]. Il serait peu raisonnable, en effet, que l'homme qui finit sa vie sur l'échafaud, juste rétribution d'un grand forfait, fût reçu néanmoins à faire de ses biens une distribution opposée à la règle commune.

J'irais même plus loin, dans cette annulation, que ne le fait la loi actuelle. Si le condamné échappe au supplice par le suicide, ou par une mort accidentelle, ses dispositions de

[1] Demolombe, *Cours de code civil*, tom. I, pag. 219.

Digitized by Google

dernière volonté sont valables, aux termes de l'article 26 déjà cité par nous. Il serait raisonnable, à mon estime, de changer cet état de choses et de prononcer la nullité du testament, du jour où la condamnation à mort est devenue irrévocable. Tel est, en effet, le point de départ assigné, de droit commun, aux conséquences diverses que produisent les jugements criminels. Ainsi, d'après l'art. 23 du Code pénal, la durée des peines temporaires compte à partir de cet instant. Selon l'art. 28 du même Code, la dégradation civique, lorsqu'elle résulte de la condamnation, existe à la même époque. Enfin, nous trouvons, dans le droit romain, que les incapacités légales que la déportation entraînait avec elle, commençaient immédiatement quand l'appel du condamné n'était plus recevable [1].

L'ancienne jurisprudence, nous l'avons dit, n'appliquait pas la mort civile au condamné à la mort naturelle. Mais, quand la mort civile devenait l'accessoire de la peine des galères à vie ou de celle du bannissement également perpétuel, on décidait, comme le fait encore l'art. 26, qu'elle ne devait jamais précéder l'exécution de la peine. Richer, l'auteur le plus estimable qui ait écrit sur la mort civile sous l'empire de l'ancien droit [2], fait reposer cette exception aux principes ordinaires sur un double motif. D'une part, on voulait que les incapacités nombreuses qui allaient s'attacher à la personne du mort civilement fussent notifiées à la société par la publicité du châtiment. On considérait, de

[1] « Qui ex causa in metallum dati sunt, et post hoc deliquerunt, in eos tanquam metallicos constitui debet, quamvis nondum in eum locum perducti fuerint in quo operari habent. Nam statim ut de his sententia dicta est, conditionem suam permutant. » Dig., l. 10, § 1, *De pœnis*.

[2] *Traité de la mort civile*, par Me François Richer, avocat au Parlement. Paris, 1755, in-4.

Digitized by Google

l'autre, la privation de la vie civile comme la conséquence naturelle et inévitable de la séquestration du condamné de la société de ses semblables; et il eût paru peu raisonnable que cette conséquence commençât d'exister avant la cause dont elle était émanée.

L'une et l'autre de ces raisons me paraît sans fondement de nos jours. Les jugements criminels sont rendus publiquement, et l'appareil imposant qui les entoure suffit amplement pour les porter à la connaissance de ceux qu'ils intéressent. Quant à la nature des déchéances qui atteignent le condamné à l'une des peines qui emportent actuellement la mort civile, ces incapacités, sans aucun doute, sont l'œuvre de la loi positive; elles ne résultent pas de la force même des choses, et, par exemple, si le législateur avait gardé le silence, nul ne songerait à disputer au condamné aux galères perpétuelles une succession ouverte en sa faveur. Je ne saurais, dès lors, apercevoir de motif raisonnable de déroger à la règle commune sur l'effet immédiat des condamnations criminelles prononcées d'une manière définitive par les magistrats dépositaires de l'autorité sociale. Je proposerais de rédiger de la sorte la disposition de la loi nouvelle, relative à l'influence de la peine de mort sur la capacité civile du coupable.

« Art. 2. En cas de condamnation à la peine de mort prononcée contradictoirement, le condamné, à dater du jour de la condamnation devenue irrévocable, ne pourra laisser après lui aucunes dispositions testamentaires valables. »

Digitized by Google

§ 2. — *De la mort civile établie comme accessoire des travaux forcés à perpétuité et de la déportation.*

Parlons maintenant des conséquences que la mort civile entraîne aujourd'hui, dans cette double hypothèse, quand le condamné n'est pas relevé, par la prescription ou par la grâce, de la nécessité de subir sa peine. La déportation, on le sait, n'est pas appliquée en réalité. Elle se convertit, dans la pratique, en une détention perpétuelle, et la loi elle-même sanctionne cet état de choses, au moins provisoirement [1]. C'est la peine réservée pour les crimes politiques de nature à causer à la société une perturbation extrême. Elle remplace, en effet, la peine de mort, abolie, pour cette classe de délits, par la Constitution actuelle [2], sans parler des cas où le Code pénal la prononce directement.

Sous un système de gouvernement fondé sur le suffrage universel, les attentats et les conspirations politiques deviennent surtout inexcusables. Il convient dès lors, au moins selon nous, de conserver l'assimilation de la peine de la déportation à celle des travaux forcés à perpétuité, relativement aux déchéances des droits civils. Si les idées que nous exposons en ce moment devaient triompher, ces déchéances, d'ailleurs, ne seraient plus irrévocables, comme le sont actuellement celles que la mort civile fait naître ; elles cesseraient, au contraire, au moins pour l'avenir, par la grâce du chef de l'Etat. A ce moyen, il deviendrait facile de réparer, à peu près complétement, les résultats trop rigoureux d'une condamnation à laquelle les passions des partis auraient eu quelque part. Le gouvernement, enfin, conserve-

[1] Code pénal, art. 17 et 18.

[2] Constitution de 1848, art. 5.

Digitized by Google

rait la faculté que lui donne l'art. 18 du Code pénal, de mitiger, dès l'origine, les effets de la déportation prononcée.

Nous avons vu plus haut avec quelle dureté excessive le Code règle la condition civile du coupable auquel la condamnation retranche la vie légale, tout en lui conservant l'existence matérielle. Il nous faut rechercher maintenant les incapacités mitigées et raisonnables qu'il serait bon de substituer à cette fiction immorale qui fait réputer mort à toutes les relations de la famille et de la société un homme encore vivant. L'interdiction des condamnés à des peines afflictives temporaires pendant la durée de celles-ci, la dégradation civique qui les frappe à perpétuité, sont des précédents fournis par nos lois criminelles [1], qui nous serviront de point de départ et rendront notre tâche plus facile.

Le premier des effets attachés à la mort civile par l'art. 25 du Code, est l'ouverture définitive de la succession du condamné, qui perd ainsi la propriété de tous ses biens. Il est urgent, je pense, d'abolir cette disposition si peu conforme à la morale, et de la remplacer par un simple envoi en possession au profit des héritiers et autres ayants droit, accompagné de la jouissance des revenus.

Le dépouillement irrévocable du mort civilement, nous l'avons fait observer déjà, contrarie directement le but réformateur que les peines de tout genre doivent se proposer d'atteindre. Il est propre à jeter le coupable dans le désespoir et dans l'endurcissement, pendant qu'il subit sa peine. S'il vient à mériter sa grâce, il l'expose à commettre de nouveaux crimes par la détresse où il le plonge, par les idées de haine et de vengeance qu'il lui inspire contre ceux qu'il voit profiter de sa ruine. Enfin, le législateur, qui tou-

[1] Code pénal, art. 28, 29 et 34.

Digitized by Google

jours doit favoriser, parmi les citoyens soumis à son empire, la naissance des sentiments généreux, atteint ici un résultat tout contraire. Il crée, chez les parents du mort civilement, un intérêt égoïste à ce qu'il puisse mourir dans les prisons, à ce qu'il ne vienne jamais montrer un visage importun à ceux qui jouissaient tranquillement de ses biens.

La fortune du condamné à perpétuité doit donc rester intacte, tant qu'il conserve l'existence. Mais il faut tenir compte aussi des exigences du crédit public, qui, nous en convenons, ne permettent pas de revenir trop aisément contre les conséquences naturelles d'un état de choses qui semblait devoir isoler à jamais le coupable de toute relation avec les autres hommes. Enfin, la privation des droits civils qui accompagne, à titre d'accessoire, la peine principale, doit être d'autant plus complète que celle-ci est plus forte, à raison de la grandeur du crime qu'elle est appelée à punir. C'est par ce motif qu'il me semblerait juste d'annuler, comme cela a lieu aujourd'hui, les dispositions testamentaires laissées par le condamné à perpétuité, s'il meurt sous l'empire de la peine. Le droit de testament, il est vrai, a son origine dans le droit naturel ; mais il est réglementé par la loi civile, et celle-ci, sans commettre aucun excès de pouvoir, peut en retirer l'exercice à titre de châtiment.

Les articles suivants nous paraissent concilier heureusement les divers intérêts que nous venons de signaler :

« Art. 3. A dater du jour de la condamnation aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation, devenue irrévocable, le condamné sera privé de l'exercice de tous les droits civils, sauf, pour ce dernier cas, l'exception consacrée par l'art. 18 du Code pénal.

« Ses héritiers pourront demander et obtenir l'envoi en possession de ses biens. Le tribunal du domicile du con-

Digitized by Google

damné connaîtra de cette demande. Les héritiers envoyés en possession devront faire inventaire ; ils seront dispensés de donner caution.

« L'envoi en possession pourra être réclamé également par le conjoint du condamné et par les personnes possédant des droits subordonnés à son décès, autrement toutefois que par son testament.

« Art. 4. Si le condamné meurt sous l'empire de la peine prononcée contre lui, sa succession sera ouverte rétroactivement au jour de la condamnation devenue irrévocable, de la même manière que s'il fût mort naturellement et sans testament.

« Art. 5. S'il vient à obtenir sa grâce ou à prescrire sa peine, ses biens lui seront rendus par les envoyés en possession. Ceux-ci devront lui remettre, en outre, le quart des fruits de toute nature qu'ils auront perçus pendant la dernière année de leur jouissance. Tous les autres revenus échus antérieurement leur seront définitiment acquis.

« Art. 6. Les envoyés en possession ne pourront aliéner valablement les biens du condamné, sans un jugement du tribunal de son dernier domicile. S'il s'agit d'intenter une action judiciaire ou d'y défendre, relativement à ces biens, le même tribunal devra commettre un curateur spécial. »

Le désir de consolider, autant que le permet la justice, les positions nouvelles créées au profit des tiers par la condamnation perpétuelle nous a fait décider, on vient de le voir, que la mort du condamné, pendant qu'il subit sa peine, ne pourrait avoir pour effet d'enlever ses biens à ceux de ses parents qui se trouvaient les plus proches à l'époque de la condamnation. Le même motif nous porterait à penser qu'il ne serait pas convenable de toucher trop profondément à

Digitized by Google

la règle consacrée par l'art. 25, qui ordonne que l'individu frappé de mort civile sera incapable à l'avenir de recueillir aucune succession *ab intestat*.

Il y a à cet égard, à mon estime, une distinction à faire entre les successions échues au condamné dans la ligne ascendante et descendante, et celles qui lui adviendraient dans la ligne collatérale. Les premières se rattachent essentiellement au droit naturel. Quoi de plus conforme, en effet, aux sentiments indestructibles de l'âme humaine que l'héritage du fils aux biens de son père défunt, que la succession du père lui-même, lorsque son fils le précède dans la tombe, par un triste caprice du sort? Notre but, d'ailleurs, en proposant l'abolition de la mort civile, est d'empêcher la réhabilitation du condamné de rester illusoire par l'impossibilité où il se trouve aujourd'hui de recouvrer ses biens. Il est nécessaire, dès lors, de ne pas enlever d'une manière complète à l'enfant atteint par une condamnation perpétuelle l'espoir d'hériter de ses parents, puisque cet espoir forme presque toujours la meilleure partie de sa fortune.

Quant aux successions collatérales, elles ne possèdent pas absolument le même caractère. Conformes, elles aussi sans doute, aux données de cette grande loi providentielle qui domine tous les codes, elles nous paraissent pourtant susceptibles d'exception et de retranchement, en vertu de causes graves. Rien d'exorbitant, par suite, à nos yeux, à ce que le législateur en retire, à titre de peine, la jouissance à un coupable objet d'une condamnation perpétuelle. Il suffit, pour obéir à ce que nous appellerons les exigences de la mansuétude sociale, que cette jouissance lui soit rendue, mais sans réotractivité aucune, s'il vient à mériter sa grâce ou même à prescrire sa peine. Une limitation semblable nous paraîtrait devoir s'appliquer également au droit

Digitized by Google

de recueillir des dispositions testamentaires ou des donations entrevifs de toute nature.

« Art. 7. Le condamné aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation, tant qu'il n'aura pas obtenu sa grâce ou prescrit sa peine, ne pourra recevoir aucunes libéralités par testament ou par donation entre vifs, si ce n'est pour cause d'aliments.

« Art. 8. Les successions collatérales ouvertes à son profit à la même époque, seront définitivement acquises aux parents qui auraient concouru avec lui, ou recueilli, à son défaut, lesdites successions.

« Art. 9. Les successions auxquelles il serait appelé dans la ligne ascendante ou descendante seront recueillies en son nom par les envoyés en possession de ses biens. Les envoyés en possession devront faire inventaire et administrer les objets provenus desdites successions, selon la disposition des art. 5 et 6 de la présente loi.

« En cas de décès du condamné sous l'empire de la peine, ces mêmes objets seront dévolus aux héritiers qui les auraient recueillis, si le condamné n'eût pas existé à l'époque de l'ouverture de la succession ».

Parmi les effets que produit actuellement la mort civile, il ne nous reste à parler, en ce moment, que de ceux qui concernent le mariage. Pendant que le condamné est dans les prisons, il ne saurait évidemment être question pour lui, ni de déposer en justice comme témoin, ni de gérer aucune tutelle.

Nous admettons volontiers que l'on déclare le condamné à une peine perpétuelle incapable de contracter un mariage valable, tant qu'il se trouve placé sous l'empire de cette peine. Cette incapacité ne saurait guère trouver d'application que dans le cas d'évasion du coupable. Elle n'a d'ailleurs

Digitized by Google

rien de contraire aux principes de la morale. Le mariage étant un contrat, en même temps qu'un lien de conscience et de religion, il appartient au législateur, organe du pouvoir social, d'y apporter des empêchements dirimants fondés sur des raisons de police extérieure. Beaucoup de théologiens, tel est notamment l'avis des gallicans, voient même dans ces empêchements créés par la loi positive, un obstacle invincible à la formation du lien conjugal, au point de vue du for intérieur[1].

Mais, si l'interdiction de contracter mariage pendant la durée de la peine nous paraît constituer contre le coupable un mode de punition légitime, il n'en est pas de même de la dissolution du mariage qu'il aurait déjà contracté avant sa condamnation. On a peine à comprendre comment la disposition de l'article 25 à cet égard a survécu si longtemps à la loi qui interdit le divorce. Elle est, comme ce dernier, une sorte d'insulte au sentiment religieux de la grande majorité des Français. Comme le divorce, plus encore peut-être, puisqu'il s'agit d'un divorce obligatoire, elle est nuisible aux bonnes mœurs; elle est contraire à l'idée que l'on doit se faire du mariage chez un peuple jouissant d'une civilisation perfectionnée et chrétienne. Si le conjoint du mort civilement, méprisant une interdiction que la loi divine n'avoue pas, se réunit, comme cela s'est vu[2], à celui qui fut son époux, quelle cruauté de réputer bâtards les enfants issus de cette union ! Si des sentiments différents animent ce conjoint, est-il sage de l'exposer à la tentation dangereuse de former, du vivant de son époux,

[1] Pothier, *Traité du contrat de mariage*, chap. III, art. 1.

[2] Des enfants sont nés à M. de Polignac, après sa condamnation à la mort civile, au mois de novembre 1830.

Digitized by Google

de nouveaux nœuds que la religion et l'opinion publique réprouveraient également?

Plusieurs trouveront peut-être qu'il serait injuste envers l'époux innocent de faire rejaillir contre lui le crime de son époux, et de l'obliger ainsi à vieillir tristement dans une éternelle solitude. L'objection est grave assurément; à mon estime, elle n'est pas insoluble. Chez une nation encore barbare, la perpétuité du lien conjugal, en pareil cas, serait, j'en conviens, trop rigoureuse; un pareil sacrifice semblerait probablement trop élevé pour des esprits rudes et grossiers. Dans une époque de civilisation avancée, il appartient aux lois civiles d'oser davantage. Comme le fait si souvent la loi religieuse, elles peuvent, elles doivent même commander parfois aux citoyens qui vivent sous leur empire, de sacrifier leur avantage particulier à de hautes convenances sociales. C'est ainsi que le Code actuel ne permet pas au conjoint de l'absent de se remarier jamais, quel que soit le laps de temps écoulé depuis la disparition de celui-ci. Cette obligation est certainement aussi rigide que celle que nous imposons en ce moment à l'époux du condamné. Si, dans le premier cas, le retour de l'absent est possible, la grâce future du coupable offre souvent, dans le second, une vraisemblance plus grande encore. Quand cette hypothèse se réalise, et l'introduction du régime pénitentiaire devra la rendre plus fréquente à l'avenir, c'est une chose funeste que le condamné, lorsqu'il rentre chez lui, soit exposé à trouver sa femme dans les bras d'un autre, et livré, par la suite, aux sinistres conseils de la vengeance.

Je proposerais de régler ainsi l'effet des condamnations perpétuelles, relativement au mariage du coupable :

« Art. 10. Le condamné à la peine des travaux forcés

Digitized by Google

à perpétuité ou à la déportation, ne pourra, à dater de la condamnation devenue irrévocable, contracter de mariage valable. S'il est déjà marié à la même époque, la séparation de corps et de biens existera de droit entre lui et son conjoint.

« Après la grâce obtenue ou la peine prescrite, il sera toujours loisible à l'époux innocent de faire cesser les effets de cette séparation, en se réunissant volontairement à l'autre époux. »

Le système que nous exposons relativement aux incapacités légales qui doivent frapper le condamné à une peine perpétuelle est, on le voit, bien plus favorable que la mort civile aux lois sacrées de la morale, à la régénération possible du condamné. Il se prête, en outre, bien mieux que la loi actuelle, à l'application des déchéances encourues par le condamné par contumace, au bout d'un certain temps donné pour comparaître.

Selon la règle de nos lois pénales, empreintes à cet égard d'un sentiment d'humanité qui les honore, une condamnation prononcée contre un accusé absent ne peut jamais entraîner avec elle l'exécution effective de la peine principale. Il faut nécessairement que l'accusé soit jugé de nouveau, et entendu en personne dans ses moyens de défense. Si pourtant cette condamnation par contumace applique une des trois peines qui emportent aujourd'hui la mort civile, celle-ci sera définitivement encourue au bout de cinq ans écoulés depuis l'affiche du jugement. En vain l'accusé comparaîtrait-il volontairement plus tard; en vain serait-il absous ou condamné à une peine moindre. La mort civile, alors, cesse, il est vrai, pour l'avenir ; mais elle n'en aura pas moins produit dans le passé des effets irrévocables. Le mariage du condamné par contumace reste dissous, selon l'opinion la plus probable, au point de vue des tex-

Digitized by Google

tes [1]. Sa succession demeure certainement la propriété des parents qui l'ont recueillie.

Qui ne voit le vice de cette disposition, dont un commentateur du Code, aussi distingué que récent, a signalé avec énergie *la rigueur cruelle* [2]? Eh quoi! la peine prononcée par contumace est essentiellement comminatoire; l'auteur présumé du crime commis, lorsqu'il comparaît devant la justice, est un accusé ordinaire; très-souvent, l'expérience est là pour le prouver, il est absous complétement ou condamné à une peine légère; et, cependant, l'on maintient intactes contre lui les déchéances redoutables qui sont venues l'atteindre! Rien de pareil dans le système admis par nous. Les incapacités qui remplaceraient la mort civile n'ayant rien d'irrévocable, au moins dans leurs effets principaux, il deviendrait rationnel de les appliquer au condamné par contumace, au bout de cinq ans, comme peine de son obstination à se soustraire aux investigations de la justice. Il me paraît qu'il conviendrait de statuer ainsi sur l'effet des condamnations par contumace, dans la matière qui nous occupe.

« Art. 11. En cas de condamnation par contumace à l'une des trois peines, de la mort, des travaux forcés à perpétuité et de la déportation, le condamné, après cinq ans écoulés depuis l'affiche de l'arrêt de condamnation, sera frappé des

[1] Beaucoup de commentateurs du Code, par une interprétation plus morale peut-être que juridique de l'article 227, pensent que le mariage du condamné par contumace n'est définitivement dissous que vingt ans après l'exécution par effigie, un nouveau jugement alors n'étant plus possible.

[2] Demolombe, *Cours de Code civil*, tom. 1, pag. 269. La disposition de l'art. 30 du Code civil est, du reste, un surcroît de rigueur sur l'ancienne jurisprudence française. Sous l'empire de l'ordonnance criminelle de 1670, en effet, le condamné par contumace qui se représentait après cinq ans faisait tomber la confiscation et les autres effets de la mort civile encourue, en obtenant du prince des *lettres d'ester à droit*, que l'on ne refusait à personne (Richer, *Traité de la mort civile*, pag. 526 et suiv.).

Digitized by Google

déchéances établies par les articles 3 et suivants de la précédente loi.

« Ces déchéances cesseront, de plein droit, du jour où le condamné par contumace aura été arrêté, ou se sera représenté volontairement à la justice.

« Art. 12. Les mêmes déchéances et privations de droits civils frapperont le condamné à la peine de mort qui aurait pris la fuite, après l'arrêt de condamnation prononcé contradictoirement contre lui.

« Elles existeront également, à dater de l'entérinement des lettres de grâce, si la peine de mort avait été commuée par le Président de la République en celle des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation. »

Le premier de ces deux articles me semble suffisant pour remplacer les cinq articles consacrés par le Code civil aux condamnations par contumace à des peines emportant la mort civile. Plusieurs de ces dispositions font évidemment double emploi avec celles du Code d'instruction criminelle sur le même objet (art. 465 et suiv.). Quant au second de nos articles, il devenait nécessaire, du moment que nous refusions d'attacher à la condamnation à la mort naturelle des déchéances de droits civils que la nature des choses ne comporte pas.

§ 3. *De la mort civile appliquée au condamné qui a prescrit sa peine ou obtenu sa grâce.*

La mort civile, selon nos lois actuelles, constitue, pour le coupable qu'elle est venue frapper, un état permanent. Elle survit, par suite, à la prescription de la peine, aussi bien qu'à la grâce accordée par le chef de l'État. Loin de cesser d'exister dans ces deux hypothèses, elle produit, alors seule-

Digitized by Google

ment, ses conséquences les plus remarquables; car, c'est à ce moment que l'on voit apparaître un antagonisme complet entre la liberté matérielle laissée au coupable, et la jouissance des facultés légales constituant la vie civile, dont la privation est absolue pour lui.

Ce retranchement de tous les droits nécessaires à l'existence morale de l'homme est d'autant plus rigoureux, qu'il devra presque inévitablement peser sur celui qu'il atteint jusqu'à l'heure où il descendra au tombeau. La réhabilitation consacrée par les art. 619 et suivants du Code d'instruction criminelle, tel est, en effet, le seul remède qui puisse faire cesser la mort civile pour l'avenir, une fois qu'elle est encourue. Ainsi l'a décidé formellement un avis du Conseil d'État du 8 janvier 1823, et les auteurs les plus récents adoptent la même opinion [1]. Or, en cas de prescription de la peine, la réhabilitation n'est pas possible, d'après les textes combinés de cet art. 619, Cod. d'instr. crim., et de l'art. 32 du Code civil. On est parti de cette idée pleine de dureté, empruntée à l'ancienne jurisprudence, qu'il s'opère alors entre la société et le coupable une sorte de compromis. Si le condamné a acquis, par la prescription, l'exemption du supplice, la société, de son côté, a acquis le droit de le rejeter de son sein autant qu'il dépend d'elle, et de ne plus le compter effectivement au nombre des vivants [2].

[1] Demolombe, *Cours de Code civil*, tom. I, pag. 280. Trolley, *Cours de droit administratif*, tom. I, pag. 148.

[2] Richer, *Traité de la mort civile*, pag. 535. Le même auteur, pag. 543, pour faire voir que la mort civile ne peut cesser par aucun laps de temps, donne, à l'appui de son opinion, une raison curieuse et qui montre une fois de plus combien cette institution repose sur une base fausse : « La mort civile, dit-il, est une fiction qui doit imiter la nature. Or, il est certain qu'un homme mort naturellement ne prescrit point par

L'homme qui a obtenu sa grâce, après avoir encouru la mort civile, n'est pas placé, il est vrai, dans une position aussi triste. Il peut être rendu, par la réhabilitation, à la plénitude de ses droits. Mais il est nécessaire qu'il s'écoule au moins cinq ans entre l'enregistrement des lettres de grâce et le commencement de la procédure en réhabilitation (Cod. d'instr. crim., art. 619 et 620). Ce laps de temps, pendant lequel le domicile du condamné doit rester le même, a paru indispensable pour que les magistrats de la Cour d'appel et le chef du gouvernement lui-même, qui doivent successivement statuer sur sa demande, aient le moyen de savoir avec certitude, s'il a mérité par sa bonne conduite la faveur si grande qu'il sollicite d'eux.

Les difficultés de la réhabilitation se rattachent à l'ensemble des dispositions de notre droit criminel sur les conséquences légales des pénalités encourues. Nous ne proposerons pas de les modifier, dans un travail consacré uniquement à un point spécial de la législation. Le condamné à l'une des peines qui emportent aujourd'hui la mort civile devrait donc, même en supposant l'abolition de celle-ci, se soumettre aux conditions tracées par le Code d'instruction criminelle, pour obtenir la cessation des incapacités civiles qui continueraient de l'atteindre, après la grâce obtenue ou la peine prescrite.

Mais quelles devraient être ces incapacités? Nul doute que le condamné, dans cette double hypothèse, ne fût admis à recouvrer la jouissance entière de ses biens. Le désir de rendre cette restitution possible est un des motifs, nous l'avons dit, qui nous font souhaiter le plus vivement l'abolition de la mort civile. Nul doute encore que ces mêmes biens,

trente ans contre la mort; on ne voit personne revenir à la vie au bout de ce temps: il doit en être de même de la mort civile. »

Digitized by Google

et ceux que le condamné acquerrait par la suite, ne passassent, après son décès, à ses héritiers naturels. La confiscation prononcée en pareil cas par l'art. 33 du Code civil est une des injustices les plus palpables de la loi actuelle. Elle suffirait, en quelque sorte, à elle seule, pour montrer combien est inhumaine la fiction sur laquelle repose cette loi.

Toutefois, en améliorant ainsi la condition du condamné à perpétuité rendu à la liberté par la prescription ou par la grâce, devrons-nous maintenir contre lui, à la même époque, les autres déchéances de droit civil qui, dans notre système, viendraient remplacer la mort civile anéantie?

Telle ne serait pas notre opinion. La dégradation civique, appliquée par le Code pénal à tous ceux qu'a frappés une peine afflictive ou infamante temporaire, nous paraîtrait suffire, pour fournir des garanties aux autres citoyens contre l'immoralité présumée de l'homme condamné jadis à une peine perpétuelle. Je sais que la dégradation civique a été elle-même l'objet d'attaques assez vives de la part des jurisconsultes philosophes. Les uns ont reproché au législateur d'interdire l'accomplissement de devoirs sociaux utiles aux concitoyens du coupable, sous prétexte d'enlever à celui-ci, pour cause d'indignité, l'exercice de droits profitables à lui seul [1]. Les autres, sans nier la justice intrinsèque de ces déchéances, en contestent l'accumulation. Parmi les conséquences diverses de la dégradation civique, il faudrait, d'après eux, distinguer soigneusement chacune d'elles, pour les appliquer particulièrement à certains délits, à l'égard des quels elles possèdent une convenance naturelle [2].

[1] Rossi, *Traité du droit pénal*, tom. III, pag. 207.

[2] *Théorie du Code pénal*, par Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, tom. I, pag. 166.

Digitized by Google

Nous n'examinerons pas le mérite de ces reproches, qui nous semblent quelque peu exagérés, et nous emploierons sans scrupule la dégradation civique, comme moyen de remplacer, pour le condamné à une peine perpétuelle dégagé des liens de celle-ci, un état de choses bien autrement rigoureux. Dans les lois criminelles, les améliorations doivent être progressives. Notre but, d'ailleurs, en entreprenant ce travail, a été de faire voir que la mort civile, dont tout le monde reconnaît les vices, pourrait disparaître de nos Codes, sans que leur économie générale en fût aucunement troublée.

L'on invoquera peut-être ici les droits des tiers, intéressés à voir subsister, même après la prescription ou la grâce, des incapacités dont le résultat leur était profitable.

Cette objection serait peu décisive à mes yeux. Les incapacités dont nous parlons en ce moment ne sont pas, comme celles que la dégradation civique entraîne, des mesures de précaution contre le mauvais usage que le coupable pourrait faire de la liberté qui lui est rendue. Ce sont des peines accessoires, et, à ce titre, elles doivent tomber avec la peine principale dont elles dépendent. Quand la miséricorde de la loi est descendue sur le coupable, convient-il de réveiller sans nécessité dans l'âme de ses concitoyens des souvenirs funestes, de le placer lui-même dans un isolement dangereux, qui bien souvent le portera à de nouveaux crimes?

Établies dans un but d'intérêt général, les déchéances de droit civil, dont nous proposons la création contre les condamnés à perpétuité, ne profiteraient qu'indirectement aux parents du coupable. Ceux-ci, dès lors, n'auraient sur leur prolongation aucun droit acquis. Pour éviter tout reproche de rétroactivité, il suffirait qu'ils conservassent intacts les avantages qu'ils en auraient tirés dans le passé.

Digitized by Google

Tels seraient les fruits qu'ils auraient perçus sur les biens du coupable; telles seraient les successions collatérales recueillies par eux à la place du condamné, tandis que celui-ci était encore dans les liens de la peine.

« Art. 13. Si le condamné à l'une des trois peines, de la mort, des travaux forcés à perpétuité et de la déportation vient à obtenir sa grâce ou à prescrire sa peine, il encourra, à partir de ce moment, la dégradation civique, telle que l'établissent les art. 28 et 34 du Code pénal.

« Les autres incapacités ordonnées contre lui par la présente loi cesseront pour l'avenir; mais elles conserveront, dans le passé, tous les effets qu'elles auraient déjà produits. »

Un dernier article nous reste à rédiger, pour effacer dans nos lois civiles et criminelles toutes les dispositions où la mort civile est rappelée. Selon nous, il conviendrait de profiter de cette occurrence pour abroger d'une manière complète les deux décrets impériaux du 6 avril 1809 et du 26 août 1811. Ces décrets, dont tous les auteurs ont signalé la rigueur, nous paraissent indignes de figurer plus longtemps dans le recueil des lois françaises. En même temps qu'ils prodiguent la peine de mort, ils prononcent la mort civile, tantôt complète, tantôt restreinte, avec une profusion vraiment déplorable. Dans leurs dispositions utiles, ils font double emploi avec le Code pénal. Dans les autres, ils incriminent et punissent des peines les plus graves des actes que la conscience ne réprouve pas. Tel est le fait de changer de patrie, sans intention de nuire à celle qu'on abandonne.

« Art. 14. Toutes les dispositions législatives contraires à la présente loi sont et demeurent abrogées.

« Les décrets impériaux des 6 avril 1809 et 26 août 1811, sont également abrogés en entier. »

Ici s'arrête la tâche que je m'étais imposée. Ce léger tra-

Digitized by Google

vail à fait voir, ce semble, que l'abolition de la mort civile serait chose aisée, et qu'elle ne laisserait après elle aucun vide. Je m'estimerais heureux si ma faible voix ne devait pas rester isolée. Bientôt va s'ouvrir une Assemblée nouvelle dont la France attend impatiemment la venue. Puisse quelqu'un de ses membres prêter à mes idées l'appui de sa parole! Les représentants de la nation, nous n'en doutons pas, accueilleraient favorablement une réforme semblable. Ce que la mort civile offre de contradictoire, d'immoral, de faux, frappe aujourd'hui l'esprit de tous ceux qui s'occupent de la science des lois. En la faisant disparaître de notre Code civil, on rehausserait de plus en plus le caractère de civilisation avancée qui distingue ce beau monument législatif et qui l'élève si haut au-dessus des autres travaux du même genre.

JULES CAUVET,
Prof. supp. à la Faculté de Caen.

Digitized by Google

ACADÉMIE

DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

L'espace nous manque aujourd'hui pour rendre compte d'une façon complète, ou simplement suffisante, de divers travaux d'un ordre supérieur dont s'est occupée l'Académie, et dont la lecture a vivement sollicité son intérêt, dans le cours du mois de février et du mois de mars. Nous en ferons l'appréciation dans un prochain numéro de la *Revue*.

Dans le cours du mois d'avril, M. Moreau Christophe a donné lecture d'un Mémoire sur le *droit à l'oisiveté, et l'organisation du travail des classes serviles dans l'antiquité*. Il s'est efforcé de démontrer que, chez les anciens, et notamment chez les Romains, le travail était considéré comme dégradant. A l'appui de cette thèse, M. Moreau Christophe a cité des textes nombreux puisés dans les poëtes, dans les littérateurs et même dans les jurisconsultes. Certes, il faut savoir gré à l'auteur du sentiment de prédilection avec lequel il traite la civilisation moderne; mais la nouveauté ou l'originalité d'un aperçu ne doit pas entraîner au delà des limites de la justice ni même de la vraisemblance. Tout en ne contestant aucun des textes cités par M. Moreau Christophe, ne peut-on pas lui répondre que les conséquences qu'il en a tirées sont extrêmes? C'est ce que M. Giraud s'est chargé de démontrer, après M. Mignet. Dans une improvisation vive, substantielle, nourrie de faits, le savant académicien a soutenu, en combattant les conclusions de M. Moreau Christophe, que nul peuple moderne n'avait plus honoré le travail que les peuples de l'antiquité. Prenant spécialement pour exemple les Romains, les Phéniciens et les Grecs, il a montré l'amour et le respect du travail apparaissant dans les institutions, dans les mœurs, dans les monuments de ces peuples.

Digitized by Google

Quels plus grands travailleurs que les Romains ? En est-il de plus intelligents et de plus assidus que les Athéniens ? Et les Spartiates eux-mêmes, n'est-il pas incontestable que l'industrie agricole était chez eux honorée à l'égal des institutions politiques ? S'ils n'avaient pas pour le commerce le respect que professaient les Athéniens, cela ne tient-il pas plutôt à la situation topographique de Sparte qu'aux répulsions mêmes des Lacédémoniens ?

L'Académie s'est associée aux observations de M. Giraud. Néanmoins, il faut bien le reconnaître, une institution impie, l'esclavage, contribuait à déshonorer le travail industriel. La pensée dominante était celle de la guerre, de la conquête, et l'agriculture échappait presque seule au reproche d'être une occupation servile. Les anciens ne comprenaient pas, comme les nations modernes, toute la grandeur de cette lutte contre la nature inerte, à laquelle l'homme donne en quelque sorte la vie, en la fécondant, en la transformant en instrument de travail, en l'appropriant à ses besoins, vis-à-vis de laquelle, en un mot, il continue l'œuvre de la création.

Digitized by Google

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Histoire morale des femmes, par M. Ernest Legouvé.

Si, comme on l'a soutenu dans ce recueil, à chaque pas que l'homme a fait vers la civilisation la femme a fait un pas vers l'égalité avec l'homme, il est certain que cette règle ne s'applique point aux effets de notre première Révolution. Tout au désir d'affranchir les hommes, on ne fit alors rien pour les femmes; tour à tour en butte aux épigrammes et aux échafauds des démagogues, elles ne purent triompher plus tard de l'indifférence des législateurs. La raison qu'en donne M. Legouvé, c'est que les penseurs, dont les efforts, pendant une partie du dix-huitième siècle, préparaient la crise qui devait en signaler la fin, avaient en quelque sorte fermé les yeux sur les mérites vrais de l'autre sexe. Excepté dans ses fictions poétiques où il l'avilit autant qu'il l'élève, Voltaire le passe volontiers sous silence, et ce que Rousseau trouve de mieux à proclamer, c'est que la femme est faite pour plaire à l'homme.

M. Legouvé n'a pas voulu qu'il en fût de même à la suite de notre nouvelle phase politique. Protestation contre une injustice non moins que témoignage de sympathie, gage d'espérance mis sous l'égide d'un souvenir, son livre est un acte dont je ne crains pas de le féliciter. Si dans les thèses que soutenait le journal *le Globe* en 1830, et durant les deux années qui suivirent, il en est une qui subsiste, c'est celle d'une identité, sinon de qualités, du moins de valeur entre les deux moitiés de l'espèce. *Che femina*, où est la femme? C'est le mot, dit-on, d'un magistrat florentin chaque fois qu'il s'occupait d'un litige; si l'on se pose la même question en face de l'histoire, la femme s'associe à tout ce qui nous profite, elle demeure presque toujours étrangère à ce qui nous nuit.

Les individualités sinistres dont le nom passe de siècle en siècle comme une injure, ne reconnaissent point d'inspiratrices; il en est autrement pour la plupart des grandes figures qu'honore ou bénit l'humanité. Numa, Constantin, saint Louis, Clovis, montrent Blanche de Castille, Hélène, Égérie, Clotilde. Rien de semblable près d'Attila, au con-

Digitized by Google

traire ; ou de Louis XI, de Néron, de Tibère ou de Sylla. Les martyrs du Cirque avaient dans les saintes de nobles exemples, de dignes émules. Des femmes figurent-elles, hormis comme victimes, dans les annales des persécutions? Pour une Médicis, une Frédégonde, combien de Philippines de Hainaut[1]! Point d'amitiés féminines, soit; mais la tendresse conjugale, la piété filiale ont leurs héroïnes, leurs Éponines, leurs Antigones : on en chercherait en vain les héros. Joignons à l'histoire et à la morale les documents de la statistique ; que nous apprend la science nouvelle ? C'est qu'autant est beau le lot des femmes dans cette lice ouverte en France d'année en année sous le nom d'assises de la vertu[2], autant est faible le chiffre de leur participation dans les assises du crime. Le nombre des actes répréhensibles dont la nature les rend capables se trouvât-il moindre, point controversé, resterait en second lieu à établir que les occasions de se dévouer s'offrent plus pour elles; mais ce qui vient trancher la question, c'est que la même science constate qu'à l'égard des sujets de l'autre sexe, le total des récidives, au sortir des maisons centrales, s'abaisse des deux tiers. L'affinité avec la vertu, l'éloignement du crime, font plus que se sanctionner; ils se démontrent par cette aptitude au repentir.

M. Legouvé a cherché, dans une *Histoire morale des femmes*, la base de leur réhabilitation, mot à prendre ici dans son sens strict. Tel est le but du cours qu'il a fait au Collége de France, et dont son livre est le résumé. Il réclame en leur nom l'exercice de facultés et de droits que la loi leur dénie. L'honneur de l'entreprise, la conception seule, a bien son prix ; mais cette louange, palliatif ordinaire de l'insuccès, ne renferme pas la mesure du mérite de l'auteur. Dans une des jolies anecdotes dont ses pages fourmillent, il rapporte que la première fois que Louis XI aperçut la petite Jeanne de Valois, son compliment au gouverneur de cette enfant fut qu'il ne l'aurait point supposée si laide. Je ne dirai pas qu'une observation en sens inverse pourrait rendre ici ma pensée ; la vérité est qu'avant de lire ce nouveau livre, je me le figurais exactement. Poëte de naissance, orateur de race, héritier d'un nom que le Parnasse dispute

[1] M. Auguste Lebeau, procureur de la république à Saint-Pol, dans un Mémoire couronné par l'Académie de Calais, a tout réfuté dans le paradoxe de Bréquigny.

[2] Expression de M. de Salvandy, séance publique de l'Académie du 9 août 1838.

Digitized by Google

au barreau, M. Ernest Legouvé devait empreindre son œuvre, tantôt des couleurs de la poésie, tantôt de la verve du plaidoyer ; et des essais antérieurs du goût le plus fin garantissaient qu'en lui la grâce, la justesse, l'intelligence ne manqueraient pas.

Sûr de son talent comme moraliste, il s'est effacé, ce semble, comme historien ; mais cela pour passer la parole à de plus experts, à ceux qu'il se plaît à nommer ses guides. Des citations de cette *Revue* et de l'un de ceux qui la dirigent reviennent jusqu'à dix fois sous sa plume ; et comme pour mieux associer M. Laboulaye à l'honneur promis au nouvel ouvrage, M. Legouvé lui emprunte le cadre du plan dont il se sert : la division qu'il adopte n'est autre que celle dont l'Académie des sciences morales apprécia l'heureuse simplicité. Filles, épouses, mères et membres de la cité, c'est sous ces quatre aspects que l'auteur de l'*Histoire morale*, comme avant lui le lauréat du concours ouvert sur la succession des femmes, envisage son sujet d'étude.

J'exprimerai le regret que l'humble terrain de la pratique laisse parfois l'écrivain légiste en défaut. Pourquoi qualifier tribunal (p. 329) ce qui s'appelle Cour d'assises ? Pourquoi avancer (p. 74) que le vol commis avec circonstances aggravantes se punit de mort ? Comment oublier (p. 74) que différentes circonstances isolées ou non rendent le viol passible des travaux forcés à perpétuité? Comment ignorer qu'à l'exemple des fils et des sœurs, les épouses trouvent, le cas échéant, une protection contre les coups dans les paragraphes de l'art. 311 C. pén. (voyez p. 187) ? Qu'est-ce que cette prescription d'un an derrière laquelle s'abriteraient les suborneurs (voyez p. 326) ? Pareille prescription n'existe pas. Que vaut enfin cette proposition d'admettre la recherche de la paternité ? Nos pères ont essayé d'un procédé auquel l'Angleterre même s'apprête à renoncer, et le temps de la maxime *virgini affirmanti se prægnantem* ne reviendra pas ; selon la remarque de Toullier, tome II, p. 228, ce temps était celui où de viles spéculatrices taxaient le prix du silence au taux du scandale. C'est par l'abolition de la recherche de la maternité que doit s'effectuer le progrès ; ce n'est que par cette abolition, toute au profit de la morale publique et du repos, et aussi du bonheur de tous, que se consacrera quelque jour sans doute le principe de l'égalité.

Mais voilà que je tombe dans la critique, *paucis offendor maculis*, et c'est un tort quand on a tant à louer. M. Legouvé excelle à revêtir ses convictions du relief de l'évidence ; il est d'une logique inattaquable

Digitized by Google

quand il rappelle que l'idée de l'émancipation des noirs ne date que de cinquante ans, et qu'il a fallu des siècles pour produire la maxime de bon sens qui soutient toute notre constitution politique. Après sa censure des actes respectueux, on sent mieux encore combien imparfaitement ils répondent au vœu de la loi. Après sa supplique en faveur des enfants trouvés et de tant de mères égarées, contraintes d'opter entre le meurtre et l'impudence, on sent que ce qui devrait déjà être obtenu s'obtiendra. Rien de net comme la démonstration que l'astronomie, la botanique, l'art de la domestication si puissant et si peu connu, ont beaucoup à espérer de l'étude qu'en feraient à leur point de vue et avec un don tout particulier d'intuition des millions d'adeptes ! Les arguments pour soustraire au monopole viril une partie des emplois bureaucratiques, méritent d'être attentivement examinés, et l'on ne pouvait mettre mieux hors de doute qu'il faut que l'accès des Conseils de famille ne nous soit plus exclusivement réservé, en d'autres termes, qu'il faut que la femme sorte autrement que par le veuvage d'un état réel de minorité. Une jeune fille déguisée en enfant, avec un hochet et un bourrelet, offre un travestissement qui ressemble tout à fait à une allégorie.

Un charme sur lequel j'insisterai pour l'ouvrage dont il s'agit, c'est le style.

Avec M. Legouvé tout s'anime et vit, et, ne fût-ce que par ce seul motif, son livre vivra.

On connaît ce passage de Diderot dans une dissertation où, sans toujours, tant s'en faut, *secouer des perles ni répandre sur ses lignes la poussière des ailes du papillon*, il atteint du moins par intervalles le tour pénétrant des *Lettres persanes* : « Je vous aime. Que signifie ce « mot si légèrement prononcé, si frivolement interprété? Le voici : Si « vous voulez me sacrifier votre innocence et vos mœurs, perdre « le respect que vous vous portez à vous-même et que vous obtenez des « autres, marcher les yeux baissés dans la société jusqu'à ce que, par « l'habitude du libertinage, vous en ayez acquis l'effronterie, renoncer « à tout état honnête, faire mourir vos parents de douleur et m'accorder « un moment de plaisir, je vous en serai vraiment obligé. » Les pages dans le même sens de M. Legouvé sont un morceau de plus longue haleine, et qui ne le cèdent en rien pour l'esprit ou la vivacité à celui-là; mais deux autres citations à titre d'échantillon du faire de l'auteur seront néanmoins, je crois, plus du goût de tous :

« Tel peintre proclamé maître aujourd'hui eût vu son génie s'éteindre

Digitized by Google

dans la misère s'il eût été seul. Regardez-le, l'idéal est son rêve, tout ce qui est de la terre lui échappe. Il faut vivre cependant, sa femme se charge de penser à tout ce qu'il oublie. Lui laissant ses sublimes rêveries, l'ardente poursuite du beau, le commerce ininterrompu avec le travail, elle prend pour elle les soins matériels, l'existence de chaque jour à organiser, les enfants à instruire. Assise à la porte de cet atelier qu'elle respecte comme un sanctuaire, elle fait faire silence alentour, elle veille pour qu'aucun bruit du monde n'aille troubler le créateur dans sa silencieuse conception; elle s'est réservé tout le côté pénible et prosaïque de la vie, et sans s'en douter elle a pris la plus poétique des deux existences; car le dévouement, c'est de la poésie en action. »

A qui ne plairait pas ce dernier trait, cet hommage à Marthe la Travailleuse? Je me remets à citer :

« Dans l'idéal du mariage, l'épouse n'a rien à redouter de la main du temps. On reprochait à Michel-Ange d'avoir représenté la vierge Marie encore belle dans un âge qui n'était plus la jeunesse. Ne voyez-vous pas, répondit-il, que c'est la beauté de son âme qui a conservé celle de son visage? Ainsi de l'épouse vraiment épouse; tout ce qu'elle a fait de bien pendant sa longue carrière conjugale et maternelle, tout ce qu'elle a pensé de pur et d'élevé répand sur ses traits un charme de physionomie, une noblesse inconnue, même au jeune âge, et le temps lui a autant apporté qu'emporté. La vieillesse elle-même n'altérera cette union que lorsqu'elle la brisera. Quand les enfants éloignés ou établis, laisseront seuls auprès du foyer les deux vieux compagnons, la mémoire de cette vie commune si pure et si tendre, la conscience de s'être perfectionnés l'un l'autre, la certitude d'immortalité que donne une affection qui n'a jamais faibli, suffiront pour défendre leurs âmes du contact de l'âge. Cette affection s'empreindra même d'une mélancolie solennelle à la vue de la terre qui s'éloigne, de Dieu qui s'approche, et ils s'aimeront à la fois comme des êtres qui vont se quitter, et comme des êtres qui se retrouvent. »

Deux des anecdotes prises au hasard ne seront peut-être pas non plus par trop déplacées ici; elles me paraissent terminer avec avantage cette analyse d'un livre on ne peut plus attachant :

« Une jeune fille pleurait dans le sein de sa mère sur la laideur de son fiancé. — Tu as raison, j'en conviens, repartit la mère; mais dans cette union tout est si bien, excepté lui. »

« Une pauvre ouvrière est transportée dans un hôpital, à cause d'une paralysie du larynx qui lui ôte l'usage de la parole. Sa douleur, qui passe

Digitized by Google

toute mesure, éclate en sanglots, en torrents de larmes. Le médecin en chef la soumet à un traitement rigoureux et longtemps inutile. Enfin, un jour qu'elle essayait, selon sa coutume, de faire mouvoir son gosier rebelle, un mot s'en échappe ; elle est sauvée ! Que va-t-elle faire ? sans doute appeler ses compagnes d'infortune, leur dire : je parle ! pour entendre elle-même le son de sa propre voix ? Non, elle se tait ; seulement parfois, cachant sa tête sous sa couverture, elle s'assure de sa guérison par quelques syllabes prononcées tout bas. Enfin, le médecin entre et s'approche de son lit : Monsieur, lui dit-elle alors, je parle, et j'ai voulu garder ma première parole pour mon sauveur. »

« BOURDON,

juge au tribunal civil de Lille.

Traité des faillites et banqueroutes, suivi de quelques observations sur la déconfiture, par feu P.-S. BOULAY-PATY (de la Loire-Inférieure), ancien député au Corps-Législatif ; entièrement refondu et mis en harmonie avec la loi de 1838, précédé d'un précis historique sur Boulay-Paty, par M. BOULEUX, docteur en droit, juge au tribunal civil de Blois, 2 vol. in-8° [1]. Prix : 15 fr.

Le nom de Boulay-Paty figure dans l'histoire à côté de ceux des hommes qui ont illustré la Bretagne. Homme politique, il se distingua par son ardeur pour le bien général et par sa fermeté ; il résista de tous ses efforts aux excès révolutionnaires, et combattit l'esprit de réaction qui se manifestait. Entré dans l'arène parlementaire sous la République, il en sortit après la chute du gouvernement au soutien duquel il s'était voué. Magistrat, il mérita le respect, l'estime et l'affection de tous ; jurisconsulte, il a laissé des écrits qui font encore autorité de nos jours ; c'est à Boulay-Paty que nous devons le premier traité qui ait paru sur la matière des faillites après la publication du Code. Cet ouvrage le plaça immédiatement à un rang honorable parmi nos publicistes : ses successeurs lui ont emprunté beaucoup de théories qui se trouvent développées dans leurs livres. La mort le surprit en 1830, au moment où il préparait une nouvelle édition de son ouvrage, et, depuis, la loi de 1838 rendit inutiles tous les matériaux qu'il avait préparés. Telles sont, en effet, les modifications apportées par cette loi à la législation du Code, qu'il ne reste plus aujourd'hui que de rares vestiges de celle-ci ; le mode d'administration de la faillite a été simplifié, des chapitres entiers ont été supprimés, d'autres ont été ajoutés : les articles maintenus ont perdu leur portée primitive. Quoi qu'il en soit, la base de l'œuvre de

Digitized by Google

Boulay-Paty subsistait toujours, mais elle nécessitait une refonte totale; car indépendamment des modifications que nous venons de signaler, la jurisprudence avait marché depuis sa publication; des points alors en discussion avaient été érigés en principes, des aperçus nouveaux avaient surgi, une foule d'erreurs avaient disparu. Cette tâche, assurément, était belle, mais elle présentait de grandes difficultés; elle nécessitait, non-seulement une étude approfondie du Code, afin de distinguer les passages du livre susceptibles d'être conservés, mais encore des vues élevées, à la hauteur de l'œuvre qu'il s'agissait de rajeunir; et, en effet, le titre de *Traité* ne suppose pas seulement un de ces commentaires qui trop souvent se traînent terre à terre, sans aucune vue générale; il suppose la conception d'un ordre logique, un ensemble de principes parfaitement digérés, un esprit d'analyse et d'appréciation qui n'appartient pas à tous. La famille Boulay-Paty a fait acte de discernement et de justice, en fixant son choix sur M. Boileux, juge au tribunal civil de Blois, connu déjà par d'utiles publications théoriques.

M. Boileux s'est en quelque sorte approprié l'ouvrage; il a créé un plan nouveau; il a réalisé ce que des publicistes justement estimés considéraient comme impossible; il a suivi la marche de la procédure, en s'attachant à grouper dans des chapitres spéciaux toutes les dispositions relatives à une même matière et éparses dans la loi, de manière à résenter pour chaque formalité un ensemble des principes; mais en ayant soin de reproduire les textes, bases nécessaires de toutes explications; cette méthode permet, sans être versé dans la connaissance des lois, de suivre toutes les phases de la procédure et de s'éclairer sur les conséquences des moindres opérations. Nous avons remarqué des points de vue nouveaux, des considérations justes et élevées, des discussions approfondies remarquables surtout par leur indépendance; quant au style, il est précis et parfaitement en rapport avec le sujet.

Au résumé, tout nous a paru intéressant dans cet ouvrage, depuis l'introduction où l'auteur examine la grande question de l'institution d'un parquet près les tribunaux de commerce et celle de la liquidation en matière de faillite, jusqu'aux dernières phases de la procédure. Ce n'est point là une de ces œuvres passagères qui n'ont que l'utilité du moment, le livre de M. Boileux restera; il mérite l'attention des hommes sérieux; nous le recommandons à tous ceux qui s'occupent spécialement des lois commerciales.

GASSE,
Secrétaire de la présidence près le tribunal de commerce de la Seine.

Digitized by Google

Conférences sur le droit rural, par Pierre LEGRAND, conseiller de préfecture, bâtonnier de l'ordre des avocats, auteur des *Études sur la législation militaire*. (Paris, Anselin, rue Dauphine; Lille, Vanackere.

Si, comme on se plaît à l'heure qu'il est à le répéter, c'est de la terre que tout vient et à elle que tout va, on peut ajouter que, moralement aussi bien que physiquement, c'est aussi sur elle que tout repose. Le mot de paysans, que d'incivils citadins tournèrent un jour en injure, est redevenu un titre d'honneur; il s'est retrempé à son origine, pays et paysans ne font qu'un, et c'est à ceux-ci que celui-là devra par-dessus tout son salut. Le dernier mot de nos plus grandes difficultés sociales, la solution de nos plus ardus problèmes d'économie politique, chacun reconnaît que la vie des champs seule les offre, qu'ils ne se trouvent désormais que là. Toute question, que ce soit celle des enfants trouvés ou des prisons, du recrutement, de l'association ou des salaires, nous y ramène invinciblement. C'est en dehors des villes que gît le remède des maux d'une extrême civilisation. Les Académies qui mettent au concours l'étude comparée des phénomènes des résidences urbaine et rurale, provoquent à bon escient des réponses auxquelles la teneur même du programme a soin de préparer. Enfin, il appartient à nos campagnes de faire la seule justice possible de théories qui renchérissent l'une sur l'autre en sauvagerie, et dont la plus récente affirme qu'ériger en vol la propriété n'est qu'un non-sens, par la raison que la propriété n'est pas. *Expellas furca*, telle est la réponse promise à des insensés, quitte à rappeler l'idée de ce prince qui, dans une guerre, avait fait graver sur ses canons le noms d'Ulpien.

A l'exemple des âmes éprouvées, les nations blessées se sont toujours volontiers rapprochées de la nature. Théocrite écrit au sein des tourmentes de la Sicile, les *Bucoliques* naissent du triumvirat, les *Roses* d'Ausone de l'invasion des barbares; en France, les traductions de Thomson datent du Directoire, celles de Gessner de la Terreur; les *Mois*, les *Jardins*, les *Plantes*, *Galatée*, les idylles d'André Chénier, inauguraient l'ère de nos discordes. Disons maintenant qu'alors que, d'une part, l'esprit n'est pas à la poésie, et que, d'autre part, les intérêts, d'accord en cela avec les goûts, nous convient aux occupations agricoles, la tendance signalée passe des mœurs dans les lois, et la bibliographie judiciaire représente ce besoin social. De là l'excellente loi des fermes-éco-

Digitized by Google

les, de là aussi la quantité de livres écrits dans ces derniers temps sur la chose rustique, et parmi lesquels j'aime à distinguer l'œuvre du regrettable de la Fontenelle et le *Traité de la police* de N. de Champagny.

C'est à cette famille d'ouvrages que se rapporte celui que vient de publier M. Legrand, et que je recommande avec confiance à l'attention du lecteur.

Dire que c'est l'introduction, en d'autres termes le programme du cours que l'auteur entend ouvrir sur la matière, c'est dire que l'on n'en entreprend point ici l'analyse. On ne résume pas un résumé. Il suffira d'observer que les cinquante-six pages dont le travail de M. Legrand se compose renferment, sur ce qui concerne les animaux, les récoltes, les cours d'eau, les plantations, la voirie et la police des propriétés rurales, une multitude de notions utiles toutes fondées sur des monuments judiciaires ou législatifs, et dont une table alphabétique, dressée avec soin, donne la clef. Nous signalerons en outre, en finissant, un lien heureux qui rattache ce nouvel ouvrage à celui des *Etudes militaires* par lequel M. Legrand a commencé l'honorable réputation dont il jouit dans le département qu'il habite [1]; c'est encore s'occuper de l'armée que d'écrire pour les villages d'où en majeure partie elle sort, et où je ne sais quelle affinité la ramène.

BOURDON.

[1] Voy. *Revue* 1836, t. IV, p. 400.

Digitized by Google

CHRONIQUE.

L'Assemblée constituante touche au terme de ses travaux ; une laborieuse session d'une année a produit, outre la Constitution, un grand nombre de décrets qui modifient d'une manière essentielle nos lois civiles, criminelles et commerciales. Nous préparons, pour la prochaine livraison de ce recueil, un travail complet qui mettra ces modifications en lumière, et qui permettra de les saisir d'un coup d'œil.

Maintenant, à l'exception d'un projet sur les majorats et les substitutions proposé par M. de Parieu, et développé par M. Valette dans un rapport remarquable, l'Assemblée constituante n'aura plus guère à s'occuper que du budget et des questions purement politiques ou administratives. La *Législative* sera appelée à élaborer définitivement des lois que la *Constitution* n'a fait qu'ébaucher, notamment celles relatives à l'*instruction primaire*, à l'*assistance publique* et à l'*organisation du crédit foncier*.

— Une modification survenue au Collége de France a fait appeler notre collaborateur et ami *Édouard Laboulaye* à occuper la chaire des législations comparées : on comprend la réserve que nous impose notre position ; elle ne nous permet pas de dire ce que l'enseignement du droit peut attendre de cette nomination. Nous nous bornerons à signaler un fait matériel qui prouve combien, dans un siècle que l'on dénigre beaucoup trop, le véritable mérite appelle une juste appréciation. D'après les statuts du Collége de France, qui lui sont communs avec le Conservatoire des Arts et Métiers, l'Ecole Polytechnique, la Sorbonne et le Muséum du Jardin des Plantes, en un mot, avec toutes nos institutions d'enseignement supérieur, la nomination des professeurs a lieu par voie de *présentation*, mode infiniment préférable à celui du *concours*. Le Collége de France présente un candidat, l'Institut (pour la chaire des législations comparées, la section des sciences morales et politiques) un autre candidat, et le ministre de l'instruction publique choisit entre les deux, à moins que la même personne ne soit désignée par les deux corps. Dans ce cas, et c'est celui qui s'est réalisé pour M. Édouard

Digitized by Google

Laboulaye, l'action du ministre se borne à une simple approbation du choix effectué, M. Édouard Laboulaye a réuni l'unanimité des suffrages de l'Académie des sciences morales et politiques, et la presque unanimité des suffrages du Collége de France ; il n'est guère possible d'entrer dans l'enseignement par une plus belle porte.

Nous devons ne point passer sous silence les travaux méritoires du suppléant qui, pendant sept années consécutives, a remplacé M. Lerminier dans cette chire des législations comparées, dévolue maintenant à M. Édouard Laboulaye. Ce suppléant était M. Rapetti, docteur en droit, dont les lecteurs de la *Revue* ont été plus d'une fois à même d'apprécier le mérite. Il s'est tiré avec honneur d'une mission difficile, et la science du droit peut compter sur lui, il l'a bien prouvé, comme sur un de ses vigoureux adeptes.

— Les mots changent de signification suivant les époques : il y a peu d'années, le *socialisme* était une sorte de pavillon commun qui couvrait toute sorte de marchandises, une dénomination vague, élastique, qu'on appliquait à toutes les tentatives destinées à procurer l'amélioration du sort de ceux qui travaillent et qui souffrent. Maintenant le *socialisme* s'est transformé ; il s'est posé comme l'antagoniste ardent de la société, et il a fallu le combattre comme le plus dangereux ennemi de nos institutions. De nombreux travaux, et notamment de ces petites brochures nommées *tracts* chez nos voisins, qui excellent à présenter sous une forme simple et rapide les vérités fondamentales, beaucoup de ces publications utiles ont été faites. Nous en avons particulièrement remarqué deux qui ont été éditées par M. Durand ; l'une a pour titre : *le Socialisme dévoilé*, par M. Gouraud ; l'autre est intitulée : *Du Travail et du Pain*, et s'il nous est permis de soulever le voile de l'anonyme, nous dirons qu'elle émane de la plume exercée de M. Ginoulhiac, docteur en droit, dont cette livraison contient le Mémoire sur la philosophie des jurisconsultes romains. Ces deux brochures se distinguent par des vues droites et élevées, ainsi que par un profond amour pour tous ceux qui travaillent, qui souffrent, et qu'on essaye d'égarer par de perverses utopies.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE PREMIER VOLUME DE 1849

(Nouvelle série).

(TOME XXXIVe DE LA COLLECTION).

Pages.

LÉGISLATION, HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT.

Du Socialisme dans le droit romain, par M. V. CHAUFFOUR, représentant du peuple 5

Recherches sur la plaidoirie chez les Romains, par M. GRELLET-DUMAZEAU, conseiller à la Cour de Riom 23

Loi organique du Conseil d'État, par M. VIVIEN, représentant du peuple 77

De l'Enseignement administratif, par M. LAFERRIÈRE, inspecteur-général des écoles de droit 104

Etudes historiques sur les développements de la société humaine. — Partie première : L'achat des femmes, par M. L.-J. KOENIGSWARTER, docteur en droit 145

De la loi écrite et de son application. — Des lois politiques, par M. DAVID (du Gers), représentant du peuple 180

Des Conseils de préfecture, par M. FERAUD-GIRAUD 213

Du contrat d'apprentissage, par M. F.-E. PARIEU, représentant du peuple 254

Philosophie des jurisconsultes romains, par M. GINOULHIAC, docteur en droit 321

Abolition de la mort civile, par M. CAUVET, professeur à la Faculté de droit de Caen 372

DROIT CIVIL.

De l'autorité relative de la preuve littérale et de la preuve testimoniale en droit romain, par M. Th. DEROME, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Poitiers 291

Textes sur la dot, traduits et commentés par M. PELLAT, professeur de Pandectes et doyen de la Faculté de droit de Paris 309

NÉCROLOGIE.

M. Malpel, par M. BENECH, professeur à la Faculté de droit de Toulouse 247

Digitized by Google

ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES..... 402

BULLETIN BIBLIOGRAPHIQUE.

Politique d'Aristote, par M. BARTHÉLEMY SAINT-HILAIRE..... 137
Textes sur la dot, par M. PELLAT..... 140
Histoire morale des femmes, par Ernest LEGOUVÉ..... 404
Traité des faillites et banqueroutes, de feu P.-S. Boulay-Paty, mis en harmonie avec la loi de 1838, précédé d'un précis historique sur Boulay-Paty, par M. BOILEUX, docteur en droit, juge au tribunal civil de Blois..... 409
Conférences sur le droit rural, par M. Pierre LEGRAND, conseiller de préfecture, bâtonnier de l'ordre des avocats..... 411
CHRONIQUE..... 413

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google